


VET TES TAM EN
NOV TAM TVM
Dei
Sub Numine
Viget

# Iherings Jahrbücher

für die

## Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts.

In Verbindung mit

Dr. Joseph Unger,
Präsidenten des Reichsgerichts in Wien

Dr. Otto Gierke,
Geh. Justizrath u. Professor in Berlin

Dr. Emil Strohal,
Professor in Leipzig

Dr. Otto Fischer,
Professor in Breslau

herausgegeben

von

Dr. Ferdinand Regelsberger und Dr. Victor Ehrenberg,
Professoren an der Universität in Göttingen.

Fünfunddreißigster Band.
Neue Folge XXIII. Band.



Jena,
Verlag von Gustav Fischer.
1896.

# Inhalt.

I.

# Versprechen und Vertrag.

## Ein Beitrag zur Begriffslehre des Deutschen Bürgerlichen Rechtes

von

Justizrath Dr. **Leonard Jacobi,**

Univ.-Professor u. Privatdozent an der Friedrich-Wilhelm-Univ. zu Berlin



### § 1. Vorbemerkungen.

Nachdem die im April 1891 begonnene schwere Arbeit der II. Lesung des Entwurfs des B.G.B. im Laufe von noch nicht vier Jahren beendigt ist, tritt wiederum ein kritischer Zeitpunkt ein, in welchem sich zwei Auffassungen gegenüberstehen.

Nach der einen — weit verbreiteten — Auffassung hat die Sache eigentlich schon viel zu lange gedauert, und ist es jetzt die höchste Zeit, das nationale Werk schnell unter Dach und Fach zu bringen.

Man scheint zu fürchten, daß es an irgend welchen verborgenen Klippen schließlich scheitern könnte; deshalb möchte man der Kritik am liebsten gänzliches Stillschweigen auferlegen, um nur endlich fertig zu werden. Die Beseitigung

der bisherigen Partikularrechte durch ein einheitliches Gesetzbuch betrachtet man als eine Errungenschaft von so unermeßlichem Werthe, daß dagegen etwaige Mängel dieses Gesetzbuches nicht in Betracht kommen.

In positiver Richtung werden — so meint man — ja doch auf diesen ersten Schritt noch sehr viel weitere Schritte folgen; an Gelegenheit zu späteren Verbesserungen des jetzt etwa Verfehlten wird es daher nicht fehlen.

Die andere Auffassung weist solche Vertröstungen auf eine unbestimmte Zukunft zurück. Sie will jetzt möglichst Vollkommenes leisten. Jetzt, wo zum ersten Mal in der Geschichte ein bürgerliches Gesetzbuch für ganz Deutschland geschaffen wird, soll es auch ein zeitgemäßes, ein wahrhaft nationales Gesetzbuch werden; — vor allem ein solches, welches uns vor uns selbst und den Kulturvölkern zur Ehre gereicht — sowohl in formeller als in materieller Hinsicht.

Nachdem uns diese Aufgabe vor nunmehr 20 Jahren durch zwingende politische und wirthschaftliche Beweggründe, aber wissenschaftlich wenig vorbereitet, aufgenöthigt worden, ist es Pflicht, jetzt für ihre möglichst würdige Lösung alle Kräfte anzustrengen bis zum letzten Augenblicke.

Was insbesondere den Allgemeinen Theil betrifft und das Recht der Schuldverhältnisse, so haben wir Veranlassung zu nachhaltigster Prüfung, weil der nicht unbegründete Verdacht besteht, daß hier gerade einseitig romanistische Grundlagen einen zu weit gehenden Einfluß geübt haben; namentlich neben Windscheid's Pandekten das Sächsische B.G.B. von 1863 und der Dresdener Entw. von 1866 [1]).

1) Bekanntlich war die selbständige Herstellung eines Theilentwurfs für das Recht der Schuldverhältnisse gescheitert in Folge der jahrelangen Krankheit des damit betrauten Senatspräsidenten v. Kübel (Stuttgart),

Hier gilt das Wort Strohal's[2]): „Die Reichscivilgesetz-Kommission hatte eine höhere und größere Aufgabe, als das Recht des corpus juris in unser „geliebtes Deutsch" zu übertragen; und sie dürfte der allgemeinen Zustimmung um so sicherer sein, je entschiedener sie sich freizumachen verstand von den Einflüssen specifisch römischer Anschauungen."

Dazu kommt, daß der Allgemeine Theil wegen seines Eingreifens in die speciellen Theile einer besondere Superrevision nach Vollendung der letzteren in jedem Falle bedarf.

Für diese Superrevision haben wir Vorschläge zu machen, welche sich unschwer verwirklichen lassen. Bleiben sie für jetzt unberücksichtigt, so werden sie sich — wenn auch vielleicht unter fremder Firma — in Zukunft Gehör verschaffen.

---

Die Kritik kann drei Richtungen einschlagen, welche auseinanderzuhalten sind, weil für sie wesentlich verschiedene Gesichtspunkte in Betracht kommen.

Sie kann nämlich betreffen:

I. Materielle Einzelbestimmungen. Der Gesetzgeber hat eine an sich klare Bestimmung getroffen, aber es läßt sich darüber streiten, ob sie nicht verfehlt ist, ob er nicht besser Anderes bestimmt hätte.

Wir erläutern dies an folgenden Beispielen:

a) Der § 394 handelt vom Eigenthumsvorbehalt

welche Anfang Januar 1884 mit dem Tode endete. In Folge dessen war man genöthigt gewesen, hier den sog. Dresdener Entw. von 1866 zu Grunde zu legen. S. Vierhaus, Entstehungsgeschichte, S. 22 f., 60, 70 f. Motive zu diesem Entw., bei dessen Ausarbeitung v. Kübel ebenfalls betheiligt gewesen, sind nicht veröffentlicht.

2) In diesen Jahrb., Bd. 27 S. 340.

des Verkäufers. Derselbe soll im Zweifel zugleich stillschweigend enthalten, daß Verkäufer im Falle des Zahlungsverzuges zum Rücktritt vom Vertrage befugt sei, ganz wie im Fall der **lex commissoria** (§ 309). Geräth Käufer vor vollständiger Zahlung in Konkurs, so würde der Eigenthumsvorbehalt den Konkursverwalter veranlassen, den Rest zu zahlen und dadurch den Kaufgegenstand für die Masse zu erwerben. Nach § 309 kann ihm dies abgeschnitten werden durch den stillschweigend verabredeten Rücktritt vom Vertrage. Dies ist eine Neuerung gegenüber dem gemeinen Recht und gegenüber der I. Lesung. Sie ist von zweifelhaftem Werth.

b) In I. Lesung war für den Dienstvertrag (§ 559 Abs. 2), für das Auftragsverhältniß (§ 586) und für den Hinterlegungsvertrag (§ 615) übereinstimmend festgesetzt:

> eine Vergütung könne bedungen werden, und sie sei als stillschweigend vereinbart anzusehen, wenn die Leistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten war.

Die Eigenthümlichkeit des Auftragsverhältnisses (Mandats) lag mithin nicht, wie im alten Rom, in der Unentgeltlichkeit, sondern, den heutigen Verhältnissen entsprechend, in der Natur der Leistung: nicht irgend welche Dienste oder Arbeiten, sondern Ermächtigung zur Besorgung fremder Geschäfte für fremde Rechnung. Dadurch rechtfertigt sich auch, daß der Auftrag jeder Zeit ohne Weiteres widerrufen, der Dienstvertrag dagegen nur aus wichtigen Gründen gekündigt werden kann [3]).

In II. Lesung ist man dagegen zu der altrömischen Anschauung zurückgekehrt, hat demzufolge in § 593 ausgesprochen: Der Beauftragte sei verpflichtet, die aufgetragenen

3) Vergl. I. Lesung §§ 597, 598 mit § 566.

Geschäfte unentgeltlich zu besorgen; und sodann in § 606 eine Bestimmung eingeschaltet, welche darauf hinausläuft, daß bei entgeltlich übernommenen Aufträgen dieselben Rechtsgrundsätze gelten — wie bei unentgeltlichen, — mit Ausnahme des § 602, betr. Widerruf und Kündigung. — Daß dies eine Verbesserung sei gegenüber der I. Lesung, ist zu bezweifeln.

Handelt es sich aber, wie in den vorstehend unter a und b vorgeführten Beispielen, um eine an sich klare, wenn auch vielleicht verfehlte Einzelvorschrift, so mag man darüber getrost zur Tagesordnung übergehen. — Das Interesse der Rechtspflege an solchen Streitfragen ist ein untergeordnetes.

Weit weniger erträglich sind dagegen

II. Fehlgriffe in der Fassung, welche den Eindruck hervorrufen, als habe der Gesetzgeber entweder keinen Werth darauf gelegt, sich allgemein verständlich auszudrücken, oder als habe er das nicht gesagt, was er eigentlich sagen wollte.

Wir geben auch hier einige Beispiele:

a) Der Entw. I enthielt im Sachenrecht einen § 796, nach welchem private Veräußerungsverbote keine dingliche Wirkung haben. In II. Lesung ist statt dessen ein § 102a in den Allgemeinen Theil aufgenommen, dahin lautend:

> „Die Befugniß zur Verfügung über ein veräußerliches Recht kann nicht durch Rechtsgeschäfte ausgeschlossen oder beschränkt werden. — Die Wirksamkeit einer Verpflichtung, über ein solches Recht nicht zu verfügen, wird durch diese Vorschrift nicht berührt."

Vermuthlich wollte man sagen: Die Verpflichtung, über ein veräußerliches Recht nicht zu verfügen, begründet nur einen persönlichen Anspruch auf Schadenersatz.

b) Im Titel vom Vertrage ist davon die Rede, daß der Vertrag ausnahmsweise zu Stande kommen kann, trotzdem über vorbehaltene Punkte keine Einigung erzielt worden ist.

Der § 117 drückt dies so aus:

„Haben die Parteien bei einem Vertrage, den sie als geschlossen ansehen, sich über einen Punkt, über den eine Vereinbarung erfolgen sollte, in Wirklichkeit nicht geeinigt, so gilt das Vereinbarte, sofern sich ergiebt, daß der Vertrag auch ohne eine Bestimmung über diesen Punkt geschlossen sein würde."

Vermuthlich wollte man Folgendes sagen: Erhellt aus den Umständen, daß der Vertrag auch ohne die vorbehaltene Vereinbarung als geschlossen gelten sollte, so kommen hinsichtlich der vorbehaltenen Punkte die gesetzlichen Bestimmungen zur Anwendung[3a]).

c) Unter Umständen kommt der Auftragsvertrag zu Stande, ohne daß es einer Erklärung des Beauftragten bedarf. In dieser Beziehung sagt § 594:

„Nimmt Jemand, der sich öffentlich zur Besorgung gewisser Geschäfte erboten hat, einen auf solche Geschäfte gerichteten Auftrag nicht an, so ist er verpflichtet, die Ablehnung dem Auftraggeber unverzüglich anzuzeigen. Das Gleiche gilt, wenn sich Jemand dem Auftraggeber gegenüber zur Besorgung gewisser Geschäfte erboten hat."

Man hat offenbar sagen wollen: Der Auftrag gilt als übernommen, falls nicht die Ablehnung unverzüglich angezeigt worden ist.

Das öftere Vorkommen solcher Fälle schwer verständlichen oder unzutreffenden Ausdrucks ist bedauerlich. Einmal dem

3a) Die naturalia negotii sind als maßgebend zu erachten. Dernburg, Pand., II S. 27.

Publikum gegenüber, bei welchem das Juristendeutsch nachgerade anfängt sprichwörtlich zu werden[4]). Verlangt man, daß die Bürger sich nach den Gesetzen richten sollen, so ist man vor allem verpflichtet, sich ihnen verständlich zu machen.

Sodann aber auch gegenüber den Richtern, welchen die Anwendung und Auslegung des Gesetzes durch vom gewöhnlichen Sprachgebrauch abweichende Ausdrucksweise desselben wesentlich erschwert wird.

Deshalb ist die sorgfältigste, eingehendste Nachprüfung hinsichtlich der Fassung der Einzelbestimmungen dringend geboten.

III. Viel wichtiger aber noch ist die Prüfung der Terminologie[5]), der im Gesetze nicht definirten, aber als bekannt vorausgesetzten Grundbegriffe.

Man hält es für weise, Begriffsbezeichnungen aus dem Gesetzestexte möglichst zu verbannen. Man bildet sich ein, durch ihre Weglassung der Entwickelung der Wissenschaft und der Praxis freien Spielraum offen gelassen zu haben. Aber sollte dabei nicht eine Selbsttäuschung zu Grunde liegen? Die zahlreichen, in den Gesetzestext aufgenommenen Folgesätze aus den vorausgesetzten Begriffen sind doch unabänderlich. Sind also diese Begriffe selbst logisch oder sprachlich anfechtbar, der Natur der Sache nicht ent-

4) Behauptet man doch sogar, es sei oft auch nicht einmal für die Juristen selbst verständlich. Gensel, Die Sprache des Entw. des B.G.B., Leipzig 1893, S. 24.

5) Dieser fremdländische Ausdruck ist in der Ueberschrift dieser Abhandlung durch das kurze Wort Begriffslehre — statt Begriffsbezeichnungslehre — wiedergegeben. Einen passenderen deutschen Ausdruck habe ich nicht gefunden. — Die gewöhnliche Uebersetzung „Kunstsprache" hätte die Vorstellung der Unverständlichkeit für Nichtgelehrte erweckt, gerade im Gegensatze zu dem hier empfohlenen Streben nach Gemeinverständlichkeit.

sprechend gedacht, so bleibt die gesunde Entwickelung der Wissenschaft und Rechtspflege gehemmt. Sie ist verkümmert, und zwar auf unabsehbar lange Zeit.

Deshalb ist es die bei weitem wichtigste und dringendste Aufgabe der Kritik, die der Natur der Sache entsprechenden Grundbegriffe selbständig festzustellen; alsdann zu prüfen, inwiefern von dieser Grundlage aus die im Gesetzestexte enthaltenen Nutzanwendungen und Folgesätze bestehen bleiben können oder nicht.

Es braucht erst nicht gesagt zu werden, daß unter „Natur der Sache" ebensowenig unabänderliche Naturgesetze wie subjektive Einbildungen verstanden werden. Für uns ist „Natur der Sache"[6]), was dem Geiste der deutschen Sprache und den Anschauungen der Jetztzeit entspricht.

Als wegen unhaltbarer Begriffsbezeichnung revisionsbedürftig sind hier nun vor allem zwei Materien zu bezeichnen, nämlich:

---

6) Die Pflege des geltenden Rechts geht freilich auf die „Natur" oder „das Wesen der Sache" nur in Ermangelung positiver Vorschriften zurück (s. z. B. Dernburg, Pand. [4. Aufl.], I S. 87 und 148, Note 8). Für die Gesetzgebung der Zukunft dagegen sind jene allein entscheidend.

Leider steht unsere Rechtswissenschaft bis jetzt noch in dem Rufe, sich mit der Natur der Sache nicht genügend abzugeben. So sagt z. B. Roscher, Grundlagen der Nationalökonomie (20. Aufl. 1892), S. 37, 39 (§ 16 N. 6): „In zahllosen Fällen giebt uns die Rechtswissenschaft nur das äußerliche Wie; erst die Nationalökonomik fügt das tiefere Warum hinzu. Sie ist für die große Mehrzahl der Rechtsfragen die systematisch ausgearbeitete Wissenschaft von der Natur der Sache." — Schon in seinem Vorwort zu Dankwardt's Nationalökon. civilist. Studien (1862), S. IV ff. klagte Roscher, daß Juristen und Volkswirthschaftler sich nicht verstehen. Ersterer habe den Beruf, sich mit mehr oder weniger veralteten Gesetzen, also mit der Vergangenheit, zu beschäftigen, wogegen der Volkswirth darauf hingewiesen sei, die Bedürfnisse der Gegenwart und Zukunft zu erkennen und zu befriedigen.

A. Die Abschnitte betreffend Versprechen und Vertrag, Buch I Abschn. 3 Tit. 4, Buch II Abschn. 2 Tit. 6 und deren Folgesätze.

B. Die Lehre von den fehlerhaften Rechtsgeschäften, Buch I Abschn. 3 Tit. 2 und 3, sowie die davon im Einzelnen gemachten Anwendungen.

Die vorliegende Abhandlung beschränkt sich auf die erstere Materie. — Die Erörterung der letzteren bleibt einer besonderen Abhandlung vorbehalten.

---

Der Ausgangspunkt der vorzunehmenden Untersuchung ist auch hier das schon angedeutete Erforderniß möglichster Gemeinverständlichkeit für die in Gesetzgebung und Rechtspflege anzuwendende Terminologie; — ein Erforderniß, welches deshalb besonders betont werden muß, weil es merkwürdigerweise vielfach angezweifelt und geleugnet wird [7]).

Gemeinverständlichkeit ist natürlich nur zu erreichen durch Anschluß an den Sprachgebrauch des Lebens, durch sinngemäße Verwendung der im Leben gebrauchten deutschen Ausdrücke.

Wie in den Prozeßverhandlungen der gelehrte Richter fortwährend auf die Verständigung mit Laien angewiesen ist, mögen sie als Laienrichter mit ihm zusammenwirken, mögen sie als Parteien, Zeugen oder Sachverständige vor ihm auftreten, so muß sich der Gesetz-

---

7) So z. B. Bähr in den Krit. Vierteljahrsschr. 30, S. 323 f. und Zitelmann in Bekker's und Fischer's Beiträgen, Heft 7 S. 2 und 7. — Verständlichkeit für Alle, auch für die ganz Ungebildeten, ist natürlich eine „Utopie". Aber etwas ganz Anderes ist das Bestreben, möglichst wenig unverständlich zu sein für Alle, welche überhaupt Verständniß haben.

geber, um möglichst freiwillige Folgeleistung zu erzielen, der Allgemeinheit verständlich machen. Die Rechtspflege kann in ihren Verfügungen, Beschlüssen und Urtheilen zweckentsprechend, d. h. überzeugend, belehrend, ordnend nur in dem Maße wirken, als ihre Anreden an die Betheiligten denselben verständlich sind.

Hiermit ist übrigens, unseres Erachtens, das Erforderniß der Uebereinstimmung mit dem Sprachgebrauche des Lebens nicht nur für die Gesetzgebung und Rechtspflege von selbst gegeben, sondern auch für die Rechtswissenschaft[8]), mindestens soweit dieselbe sich mit Darstellung und Weiterbildung des geltenden Rechts, nicht mit rechtsgeschichtlichen Forschungen und Darstellungen beschäftigt.

Jedoch mag dieser Gesichtspunkt hier auf sich beruhen. Ebensowenig brauchen wir uns hier in Untersuchung der Frage zu vertiefen, wie es gekommen sein mag, daß eine vom Sprachgebrauch des Lebens abweichende Terminologie bei uns in Wissenschaft, Rechtspflege und Gesetzgebung Aufnahme finden und Wurzel fassen konnte.

Es ist eben eine geschichtliche Thatsache, daß mit dem fremden Rechte auch fremde Begriffe, Anschauungen und die denselben entsprechende Terminologie in Deutschland eingedrungen sind. Haben wir doch bis heute uns von der Gewohnheit noch nicht frei gemacht, in der Fachliteratur und im Rechtsunterricht fortwährend zu „kontrahiren"[9]), zu „excipiren", zu „kon-

---

8) Die Rechtswissenschaft hat theils die Gesetzgebung in ihren praktischen Zielen zu fördern, theils ihr vorzuarbeiten. Eins wie das Andere ist nur ausführbar, wenn beide von denselben Grundlagen ausgehen und sich gegenseitig verstehen.

9) Die Römer sprechen von Kontrahiren (contrahere, contractus) beim Entstehen einer Obligation durch beliebiges Thun oder Unterlassen, im Gegensatz zum bloßen Zufall. S. L. 2 pr. D. comm. div. 10, 3. „quoniam cum herede non contrahimus, sed incidimus in eum."

diciren", zu „stipuliren", d. h. lateinische, auf uns fremden Grundanschauungen beruhende Ausdrücke im Gemenge mit deutschen Ausdrücken zu gebrauchen. Mußte nicht mit dieser langjährigen, festgewurzelten, uns lieb gewordenen Gewohnheit nothwendig eine gewisse Abstumpfung des Sprachgefühls nach der deutschen Seite hin mit der Zeit eintreten, ohne daß man sich dieser Gefahr irgendwie bewußt zu werden brauchte? Und sehen wir nicht in der That in unserer Fachliteratur täglich Spuren einer solchen Abstumpfung des Sprachgefühls vor Augen, gegen welche selbst vollendete klassische Bildung und sonstige schriftstellerische Meisterschaft keinen Schutz mehr zu gewähren scheint [10])?

## § 2. Zur Begriffslehre.

(Versprechen. Vertrag. Antrag. Annahme.)

Nach diesen Vorbemerkungen treten wir nunmehr heran

---

S. unten Note 19. Die deutschen Juristen dagegen brauchen die Ausdrücke „kontrahiren" und „Vertrag schließen" fortwährend als gleichbedeutend. Diese Gewohnheit mußte der später zu besprechenden Verwässerung des Vertragsbegriffes Vorschub leisten.

10) Beispiele findet man in Fülle in unserer besten Fachliteratur von v. Savigny's System bis zu den Entscheidungen unseres Reichsgerichts. Ich erwähne nur Rechtsstellung (= Stellung auf der rechten Seite) statt Rechtstellung (= Stellung im Rechte), eine Lesart, welche verderbt (= unsittlich) ist, statt verdorben, Widersprüche oder Räthsel werden für unlöslich (= chemisch nicht aufzulösen) erklärt, statt für unlösbar. Ein Gegenstand ist an gewissen Merkmalen erkenntlich (= dankbar) statt erkennbar; der Schuldner (statt die Schuld) ist verbindlich statt verpflichtet oder verbunden. — Neueste sich verbreitende Unsitte ist zu sagen: „Sie sind sich einig" — statt „mit sich" oder „unter sich"; „ich komme zum Schlusse" statt „ich komme zu der Schlußfolgerung" u. dgl. Ein klassisches Beispiel ist der Titel der Schrift eines bedeutenden lebenden Romanisten: „Ernst und Scherz über unsere Wissenschaft" (von C. J. B. 1892). — Wahrhaft epidemisch ist der Gebrauch von „indem" und „nachdem" (Zeit) anstatt „da" und „weil" (Ursache).

an die uns hier speziell interessirende Frage, ob der in Gesetzgebung und Rechtspflege hergebrachte Gebrauch der deutschen Worte „Vertrag" und „Versprechen" dem Erforderniß der Gemeinverständlichkeit genügt, d. h. ob er mit dem Sprachgebrauche des Lebens übereinstimmt?

Man wird nicht umhin können, diese Frage zu verneinen. Denn nach dem Sprachgebrauche des Lebens ist „Versprechen" das Rechtsgeschäft der einseitigen Selbstverpflichtung, „Vertrag" das Rechtsgeschäft der wechselseitigen Selbstverpflichtung. — Das uns Juristen durch den Rechtsunterricht beigebrachte und jetzt angewöhnte abweichende Verständniß ist eine Treibhauspflanze, welche im Volke und im Geist der deutschen Sprache keinen Boden hat.

Vergleichen wir den oben angegebenen, sinngemäßen Gebrauch jener Worte mit den hierbei interessirenden Arten der Rechtsgeschäfte, so ergiebt sich Folgendes:

Man unterscheidet Rechtsgeschäfte, welche

1) Verbindlichkeiten begründen (Errichtungsakte),
2) bestehende Verbindlichkeiten aufheben (Aufhebungsakte, z. B. Erlaß),
3) auf Grund bestehender Verbindlichkeit Rechte übertragen oder Rechte an Rechten bestellen (Rechtsveränderung durch Erfüllungsakte), oder
4) bestehende Rechte aufheben (Rechtsveränderung durch Aufhebungsakte, z. B. Verzicht).

Die Ausdrücke Versprechen und Vertrag beziehen sich sinngemäß nicht auf die Kategorien 3 und 4, sondern nur auf die Kategorien 1 und 2.

Neue Verbindlichkeiten werden durch sie begründet, bestehende Verbindlichkeiten durch einseitiges oder wechselseitiges Versprechen, sie nicht geltend zu machen, wiederum aufgehoben. Dagegen bezeichnet im sinngemäßen Sprachgebrauche kein Mensch die unter 3 und 4 gedachten Rechtsveränderungen an sich als Versprechen oder Verträge — ganz abgesehen davon, daß es schon von vorn herein als terminologisch höchst unzweckmäßig erscheinen müßte, so grundverschiedene Arten von Rechtsgeschäften mit demselben Worte zu bezeichnen.

Kein Ungelehrter sagt oder stellt sich vor, daß er drei besondere Verträge schließt, wenn er sein Grundstück verkauft, dem Verkäufer demnächst aufläßt und übergiebt; oder wenn er auf Grund vertragsmäßiger Verpflichtung eine Reihe von Forderungen durch besondere Urkunden abtritt, daß jede dieser Cessionserklärungen ein besonderer Vertrag sei[11]). Er nimmt vielmehr Erfüllungsakte vor, durch

---

11) Man unterscheidet die Erklärung der Rechtsveränderung, z. B. Cession, Tradition, von dem Vertrage als dem Rechtsgeschäfte, durch welches Verbindlichkeiten begründet, bestehende Verbindlichkeiten aufgehoben werden. Der gesunde, von der Jurisprudenz nicht verdunkelte Sprachgebrauch identifizirt keineswegs Cession mit Cessionsvertrag, Adoption mit Adoptionsvertrag. Durch den Cessionsvertrag wird die Verbindlichkeit zur Cession einerseits, die Pflicht zur Valutazahlung andererseits begründet. Die Cessionserklärung kann in demselben Akte oder besonders erfolgen. — Durch den Adoptionsvertrag werden besondere Verbindlichkeiten betr. Alimentation, Erziehung, Ausstattung u. dgl. übernommen, um desto eher die Genehmigung der Adoptionserklärung (Begründung des Eltern- und Kindesverhältnisses) zu erlangen. — Für erbrechtliche Geschäfte unter Lebenden ist der Ausdruck Erbvertrag nur insoweit korrekt, als die Verpflichtung begründet wird, das eingeräumte Erbrecht nicht durch spätere Verfügungen zu vereiteln, oder eine Abfindung für Erbverzicht bestimmt wird, oder endlich der vermuthliche Erbe sich verpflichtet, die anfallende Erbschaft künftig auszuschlagen. Stobbe, Privatrecht V S. 183, 289 ff., 302 f., 309. — Am reinsten unterscheidet

welche Verbindlichkeiten nicht begründet, sondern erledigt werden, und zwar, soweit es sich um dingliche Wirkungen handelt, zweckmäßigerweise nicht durch bloße Willenserklärung, sondern nur in Verbindung mit Realakten [12]). Zwar spricht man bisweilen von Verbindlichkeiten aus dem Cessionsgeschäft — im Gegensatze zu den Verbindlichkeiten aus dem der Cession zu Grunde liegenden Vertrage. Indessen mit Unrecht. Was hier erwähnt zu werden pflegt [13]), ist theils Bestandtheil des Cessionsaktes selbst, theils Folge der Rechtsübertragung, im Uebrigen lediglich Ausfluß des Cessionstitels und nach diesem zu beurtheilen [14]).

Verbindlichkeiten aus dem Cessionsakte als solchem giebt es ebensowenig, als Verbindlichkeiten aus dem Traditionsakte als solchem, z. B. auf Mitübergabe von Beilaßstücken, oder auf Rückgabe causa non secuta.

Andererseits müßte sich — sollte man denken — angesichts der Bedürfnisse und Geschäftsformen des modernen Verkehrs immer wieder die Frage aufdrängen:

---

der Sprachgebrauch zwischen Eheschluß (Eingehung der Ehe) und Ehevertrag. Bei ersterem richtet sich der Konsens lediglich auf Begründung der Rechtsveränderung, deren gesetzliche Folgen als solche von selbst eintreten. Der vorher oder nachher abgeschlossene Ehevertrag dagegen bezweckt, vom Gesetze abweichende besondere Verbindlichkeiten zu begründen oder bestehende abzuändern resp. aufzuheben.

12) Besitzeinräumung, Auflassung, Eintragung. — Das pactum hypothecae hat den römischen Realkredit begraben. Die Begründung der Servituten pactionibus et stipulationibus ist ein unaufgeklärtes Räthsel geblieben. S. namentlich v. Vangerow, Lehrb. I § 350 Anm. 1.

13) Ausstellung schriftlicher Cessionsurkunde, Zugänglichmachung der Beweismittel über die Forderung — Uebermachung der Sicherheit — Ersatz- und Gewährleistungspflicht des Cedenten.

14) Windscheid, Pand., II § 336 N. 1 ff. Der Vermischung der Wirkungen des Veräußerungsvertrages mit den Wirkungen des Cessionsaktes wird durch den Umstand Vorschub geleistet, daß in der Regel der Cessionsakt ohne besondere Form in dem Vertrage enthalten ist. Windscheid a. a. O. § 330 N. 6.

Wie war es möglich, daß bei den Römern diejenige Geschäftsform, welche wir als „Versprechen“ bezeichnen würden, eine so klägliche Rolle spielen konnte?

Auch diese Frage kann hier nur im Vorbeigehen gestreift werden [15]).

Es ist kennzeichnend für das altrömische Recht, daß — wie beim Beutemachen der Besiegte, so — in den nationalen Geschäftsformen des Rechtsverkehrs [16]) derjenige, welcher als Veräußerer oder Empfänger Verpflichtungen übernimmt, nichts mitzureden hat, sich vielmehr dem Willen des Gläubigers schweigend unterwirft [17]). Wie im Kriege

---

15) Ueber die im Folgenden angedeutete Eigenthümlichkeit des altrömischen gegenüber dem deutschen Recht s. ausführlich Kuntze, Inhaberpapiere (1857) S. 340 f.; L. Jacobi in diesem Jahrb. 4 (1861) S. 282 f., 302. Ferner Ihering, Geist des R.R., I S. 107 ff. Auch Marsson, Die Natur der Vertragsofferte, Inaug.-Diss. v. Greifswald 1879, S. 1 ff., und v. Lüdinghausen-Wolff, Die bindende Kraft des einf. Versprechens, Inaug.-Diss. Berlin 1889 S. 27 ff.

16) Mancipatio, nexum, in iure cessio, nomen facere. „Das ältere röm. Recht kennt bei Rechtsgeschäften nirgend ein Geben, nur ein Nehmen.“ Ihering, Entwickelungsgeschichte des röm. Rechts (1894), S. 112 N. 64, Geist des röm. Rechts, I S. 110, III S. 576. — Als Parallelen zu dieser Tendenz des Nehmens erscheinen u. A.: der aus der Selbsthilfe hervorgegangene Parteibetrieb der Prozesse, sowie die Herstellung der alten Beweisurkunden (Zeugenurkunden) durch einseitige Thätigkeit des Gläubigers. — [Ueber diesen letzteren specifisch römischen Urkundentypus Brunner, Zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde, 1880, S. 46 f., 145 f., auch in v. Holtzendorff, Encyklopädie (5. Aufl.) S. 231.] — Ferner der bei den Römern beliebte Verpflichtungszwang (Zwang zur Kautionsleistung bei Kauf, Nießbrauch, Vermächtnissen, sowie im Nachbarrecht).

17) S. Beseler, Privatrecht, § 101 S. 404. Im Gegensatze hierzu werden die Formalversprechen im altdeutschen Rechte ohne Initiativhandlung des Gläubigers dadurch verbindlich, daß der Schuldner dem Gläubiger ein Symbol des Verpflichtungswillens (festuca, vadium) überreicht, eine arrha zahlt, eine Urkunde aushändigt oder das Versprechen durch Handschlag bekräftigt. S. Stobbe, Handb. des deutschen Privatrechts, II S. 61 ff.

über das feindliche Eigenthum als Beute, so verfügt auch im Rechtsverkehr — wenigstens der Form nach — der Gläubiger über die fremde Rechtssphäre, indem er dem anderen Theile die Verbindlichkeit gewissermaßen aufdrängt und diktirt.

Auch der Realkontrakt schließt sich dieser Vorstellung noch an. Der Geber bestimmt die Bedingungen (legem dicit), welchen der Empfänger durch Uebernahme sich unterwirft. Erst in der aus dem fremden Rechte aufgenommenen stipulatio kommt auch der Schuldner zum Worte; — aber er hat zu warten, bis er gefragt wird.

Es gehört zum Begriff der römischen promissio, daß sie abgefragt sein muß [18]).

Höchst kennzeichnend für diese Anschauungen sind die Worte contrahere und contractus: Zuziehung.

Dem Schuldner wird die Schlinge der Verbindlichkeit um den Hals gelegt und durch eine außer ihm liegende Gewalt, den vom Gesetz unterstützten Gläubiger, zugezogen. Man zieht sich Strafen zu durch crimina, Ersatzpflicht durch culpa oder fraus, Schulden und Verbindlichkeiten durch Erbschaftsantritt oder irgend einen sonst nach Civilrecht klagebegründenden Thatbestand. — „Omnem obligationem pro contractu habendam“ heißt es in den Quellen [19]).

---

18) Damit hängt offenbar zusammen die ursprüngliche Unübertragbarkeit der Forderungen. Der neue Gläubiger kann durch bloße Uebertragung nichts erwerben, er muß die Verbindlichkeit dem Schuldner erst abfragen. Gaius Instit. II § 38 „opus est ut jubente me ab eo stipuleris“. — Abtretbar ist die actio, nicht das jus. Windscheid, Pand., II § 329 N. 6 und 7.

19) L. 20 D. de iudic. 5, 1. S. auch L. 15 D. de neg. gest. 3, 5. L. 3 § 3. L. 4 D. 24, 4. quib. ex causis. Ueber den Sprachgebrauch namentlich Schloßmann, Vertrag (1876), S. 23 ff., und Pernice in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte 9 (1888), [Parerga, III] S. 195 ff.

Aber auch im engsten Sinne als obligatorisches Rechtsgeschäft ist der römische contractus, die zugezogene Verbindlichkeit immer noch grundverschieden von dem deutschen Vertrage, welcher sprachlich nichts Anderes ist, als der individuelle Ausgleich materieller Interessen, das gegenseitig verpflichtende Kausalgeschäft[20]).

Der römische contractus ist wesentlich einseitig, eine einseitige Verbindlichkeit, welche aber trotzdem zweier Willenserklärungen bedarf, weil formell der Gläubiger das Wort führt, während andererseits nach der Natur der Sache die Zustimmung des Schuldners ebenfalls unentbehrlich ist.

Also zweiseitige Erklärung ist erforderlich, um einseitige Verbindlichkeit herzustellen. Als Grundlage erscheint die Verfügung des Erwerbers. Sie ist „verbindlich", wenn dem, was Ersterer sich versprechen ließ, der Schuldner sich zustimmend unterwarf. So offenbar bei den Litteral- und Verbal-Kontrakten. Ebenso aber auch bei den Realkontrakten und beim Mandat. Denn die actio contraria dient nur dazu, die Hauptverbindlichkeit auf das richtige Maß zurückzuführen, agitur de calculo in contrariis judiciis[21]).

Am merkwürdigsten aber zeigte sich die Einseitigkeit gerade bei den sog. synallagmatischen Geschäften („ultro citroque obligatio" L. 19 D. 50, 16), bei welchen jeder Theil sich von dem andern Leistungen versprechen läßt. — Nach römischem Recht erhält hierdurch jeder Theil einen selbständig klagbaren Anspruch. Es sind, genau genommen,

20) Vertrag — gegenseitige Bewilligung einer Zusage, Versprechen mit einem Gegenversprechen. S. Adelung, Grammatisch-kritisches Wörterb. der hochdeutschen Mundart, Leipzig 1801.

21) L. 6 § 7 D. de his qui notant. inf. 3, 2.

zwei Kontrakte, deren Zusammenhang erst als Gegenrecht per exceptionem geltend gemacht werden muß. So namentlich bei Kauf und Miethe[22]).

Die langsam und zögernd erfolgende Anerkennung von klagbaren Konsensualkontrakten neben den Realkontrakten hat neben ihrer negativen Bedeutung (Entbehrlichkeit einer besonderen civilis causa neben dem Konsense) auch eine sehr wichtige positive Bedeutung: das Anerkenntniß nämlich, daß nicht nur die wirkliche Leistung, sondern nicht minder das Versprechen künftiger Leistung eine vermögenmindernde Verfügung ist, welche ebenso gut wie die res den Anspruch auf die Gegenleistung rechtfertigt.

Dieser Gedanke muß sich im fortschreitenden Verkehr überall Anerkennung aus dem Grunde erzwingen, weil man sich sonst auf dauernde Rechtsverhältnisse überhaupt nicht mit Sicherheit einlassen könnte, sofern bei ihnen die Erfüllung ganz oder theilweise beiderseits hinausgeschoben werden soll oder muß.

Im römischen Recht ist aber dieser Gedanke nur bei den bekannten vier Geschäftstypen durchgedrungen. Erst im gemeinen Recht ist er allgemein zur Anerkennung gelangt[23]).

---

22) S. Bechmann, Kauf, I S. 540 f. Dernburg, Pand., II S. 20 N. 1 ff.

23) Im gemeinen Recht sollen, wie behauptet wird, die „formlosen Verträge" (nuda pacta) allgemein gültig und klagbar geworden sein. S. Seuffert, Geschichte der obl. Verträge, S. 115 f., 130, 137 f. Dies ist nur dann als richtig zuzugeben, wenn der Begriff „Vertrag" auf das obligatorische Kausalgeschäft beschränkt wird. In der Ausdehnung auf abstrakte Versprechen sowie auf dingliche, familienrechtliche und erbrechtliche Rechtsgeschäfte wäre der Satz grundfalsch. — In der älteren Litteratur werden übrigens als nuda pacta

Ist aber, wie wir gesehen haben, das obligatorische Rechtsgeschäft bei den Römern wesentlich Begründung einseitiger Verbindlichkeit (contractus) durch zweifache Willenserklärung, weil der Erwerber als der Verfügende, der sich Verpflichtende als bloß zustimmend erscheint, so ergiebt sich daraus als nothwendige Folge für die römische Anschauung, daß das einseitige Versprechen, weil es nicht diktirt, nicht abgefragt ist, grundsätzlich keine Verbindlichkeit erzeugen kann. Es fristet ein kümmerliches Dasein als votum und pollicitatio, d. h. in Fällen, wo kein Abfrager vorhanden ist[24]).

Dieses dem nicht romanisirten Deutschen höchst fremdartig erscheinende System mochte dereinst vom Standpunkte der Praktikabilität seine Berechtigung haben, namentlich behufs leichter Feststellung des Verpflichtungswillens. Diese

---

auch die abstrakten Schuldurkunden (cautiones indiscretae) bezeichnet, wegen Nichtangabe der causa debendi. Goldschmidt, Universalgeschichte des Handelsr. (1891) S. 806 N. 86.

24) Für die Schöpferkraft des sich selbst verpflichtenden Schuldnerwillens haben die Römer keinen Ausdruck. Vielmehr muß der Schuldner die Verbindlichkeit auf sich nehmen (suscipere), weil er nicht anders kann; etwa wie man das Regenwasser der Dachtraufe (stillicidium) aufnehmen, oder wie man die öffentlichen Lasten (onus tutelae, munera publica) tragen muß, weil soziale Uebermacht uns dazu zwingt. — Dernburg, Pand., I § 80 bezeichnet es als eine uns fremd gebliebene Grundauffassung der Römer, daß der Erwerb von Rechten normaler Weise aus dem Willen des Berechtigten hervorgeht. In der That wird, wo naturgemäß das Versprechen des Schuldners genügt, ihm die Mitwirkung des Gläubigers aufgenöthigt, und dadurch das Versprechen wenigstens formell zum zweiseitigen Rechtsgeschäft — zum Vertrage — gemacht. „So mußte freilich — sagt Windscheid, Pand., II § 412a Note 1 — für die Römer das Schuldanerkenntniß auf das Niveau eines Beweismittels herabsinken". — Sollte es nicht an der Zeit sein, uns auch in Gesetzgebung und Wissenschaft von dieser der Volksanschauung fremd gebliebenen Auffassung endlich frei zu machen?

Berechtigung bestand jedoch nur so lange zwei wesentliche Voraussetzungen zutrafen. Nämlich solange

1) die Mündlichkeit im Verkehr vorherrschte, das Urkundenwesen, namentlich das chirographum, die vom Schuldner vollzogene Verschreibung noch nicht ausgebildet war; und

2) solange der Verkehr ein wesentlich individueller blieb, neben demselben ein Verkehr mit übertragbaren Papieren an Ordre und Inhaber, ein Massenverkehr mit dem Publikum entweder gar nicht oder doch nur mehr thatsächlich, als rechtlich normirt vorhanden war.

Sobald diese Voraussetzungen wegfallen, läßt sich das System der Verpflichtung durch Verfügungen des Erwerbers nicht mehr aufrecht erhalten.

So tritt schon in der römischen Kaiserzeit an Stelle der mündlichen Vorfrage des Erwerbers, der stipulatio, die vom Schuldner vollzogene und ausgehändigte Verschreibung[25]).

---

25) Dabei erhält sich aber mit wunderbarer Zähigkeit die Vorstellung, daß die Vorfrage des Gläubigers wenigstens fingirt werden müsse. Schon Paulus, Rec. sentt. V 7 § 2 sagt: Heißt es in der Schuldverschreibung: „Ich verpflichte mich", so ist es anzusehen als Beantwortung der Vorfrage des Gläubigers: „Perinde habetur, atque si interrogatione praecedente responsum sit". S. auch § 17 Inst. de inut. stipl. 3, 19; § 8 Instt. de fidej. 3, 20; L. 30 L. 134 § 1 D. de V. O. 45, 1; c. 1 c. 10 C. de contr. et comm. stipl. 8, 37. — Die in den Verordnungen Justinians (c. 11 u. 14 C. de contr. et comm. stipl. 8, 37) ausdrücklich als „contractus" bezeichneten Stipulationsurkunden sind in Wirklichkeit einseitige Erklärungen des Schuldners; aber die Fiktion, daß der Gläubiger mitwirke, wird festgehalten und erhält sich im gemeinen Recht. In diesem Sinne kommt z. B. die Stipulation noch vor in dem aus dem Anfange des 15. Jahrhunderts datirenden Deutschen Klagespiegel, ebenso in dem verbesserten Landrecht des Königreichs Preußen von 1721. S. Seuffert, Zur Geschichte der obligatorischen Verträge (1881), S. 23 ff., 74 ff., 87 ff., 161 f.

Und damit Hand in Hand geht eine allmähliche Umwandlung der Anschauungen über die Entstehung der Verbindlichkeit, entsprechend dem Wesen des menschlichen Verkehrs als einer gegenseitigen Ergänzung, welche in friedlicher Weise unter den neben einander bestehenden individuellen Machtkreisen stattfindet. Der Stoffwechsel dieser Machtkreise tritt dadurch ein, daß Jeder im eigenen Interesse in seinem Machtgebiet verfügt, um zu erhalten, was er bedarf, Anderes fortgebend, was er leichter entbehrt. — Offenbar kann nach modernen Vorstellungen die Rechtsordnung solchen Verkehrs sich nur aufbauen auf dem Grundsatze, daß Jeder verfügen kann innerhalb seines eigenen Machtkreises[26]).

A kann also verkehrsmäßig nur dadurch erwerben, daß die zu seinen Gunsten von B getroffenen, dessen Vermögen mindernden Verfügungen — sei es Veräußerung, Versprechen oder Verzicht — als gültig und wirksam anerkannt werden. — Freilich trifft B im einfachen Ver-

26) Man hat versucht, die Rechtsordnung auf Anerkennung der Erwerbsverfügungen zu gründen und auf den Satz: „volenti non fit injuria" aufzubauen. S. z. B. Ehrenzweig, Ueber den Rechtsgrund der Vertragsverbindlichkeit, Wien 1889, S. 17, 30. Dieser Versuch ist mißlungen. Er führt nur zu dem Schlusse, daß der Eingriff in fremde Machtkreise widerrechtlich ist, wenn er nicht legalisirt wird durch vermögenmindernde Verfügungen des Verfügungsberechtigten (Ermächtigung, Genehmigung u. dgl.). — Auch die vielfach verhandelte Frage, ob im Gebiet der Verkehrsgeschäfte der Einzelwille allmächtig oder ob die Rechtsordnung zur Herrschaft berufen sei, hätte gar nicht aufgeworfen zu werden brauchen. Denn entsprechend der Doppelrolle der Person als Individuum und Gesellschaftsglied ist die Rechtsordnung der Regulator, welcher einerseits die individuellen Machtkreise gegen einander abgrenzt, andererseits der Verfügungsmacht der Einzelnen Schranken setzt im Interesse der Allgemeinheit.

kehr, der Regel nach, seine vermögenmindernde Verfügung nur gegen entsprechende Gegenverfügung des A., durch welche er seinerseits ein Entgelt erwirbt. Besteht aber eine dieser Verfügungen oder bestehen beide in einer Selbstverpflichtung, einem Versprechen, so kann die Verbindlichkeit keine andere Grundlage haben, als eben die sebstverpflichtende Verfügung des Versprechenden. Einer Gegenverfügung des Erwerbers bedarf es nur, sofern der Versprechende seine eigene Verbindlichkeit von einer solchen abhängig gemacht hat.

---

Es ist an dieser Stelle aufmerksam zu machen auf die häufige Wiederkehr der Vorsilbe „Ver" in den deutschen Rechtsbegriffen [27]). Die Zusammensetzung mit „Ver" bedeutet im Allgemeinen eine Veränderung in Stoff, Raum oder Zeit, welche so durchgreifend ist, daß der frühere Zustand nicht wiederherstellbar ist (z. B. verbrennen, verbrauchen, verschwinden, vernichten, verzehren). Die einmal eingetretene Veränderung ist unwiderruflich. — Dasselbe bedeutet die Zusammensetzung mit „Ver" naturgemäß auch auf dem Rechtsgebiete in den Begriffsbezeichnungen Veräußerung, Verbindlichkeit, Vergabung, Verehelichung, Verlöbniß, Vergleich, Veröffentlichung, Verschreibung, Versprechen, Vertrag, Verzicht, Verjährung, Verschweigung. Allen gemeinsam ist die Unwiderruflichkeit, die Erklärung kann nicht zurückgenommen, das Geschehene nicht ungeschehen gemacht werden. — Dasselbe gilt vor allem von dem Begriffe: Verfügung, welcher die meisten der obigen Begriffe umfaßt. Wahrhaft vermögend ist nur, wer vermögend ist, über

27) Ueber die Bedeutung von „Ver" s. v. Ihering, Zweck im Rechte, I S. 215.

sein Vermögen zu verfügen. Die Verfügung aber hat nur einen Werth, kann ihren Verkehrszweck nur dadurch erfüllen, daß sie grundsätzlich bindend und unwiderruflich ist; — grundsätzlich, d. h. Widerruf und Rücktritt entweder ganz ausgeschlossen oder — falls ausnahmsweise zulässig, — besonderer Rechtfertigung bedürfend.

Der Ausdruck Verfügung kommt als technische Bezeichnung auch im im öffentlichen Recht und im Prozesse vor. Hier aber, im materiellen Rechte, ist darunter die vermögenmindernde Privatverfügung zu verstehen[28]. Die Hauptarten solcher Verfügung, welche je nach dem vorliegenden Zwecke zur Anwendung kommen, sind: Veräußerung, Versprechen, Verzicht.

Hinsichtlich des hier interessirenden Versprechens erinnere ich an den Glauben der alten Naturvölker. Sie maßen dem Versprechen (der Spruchformel) eine besondere Zauberkraft bei. Es heilte die Krankheiten, vertrieb die bösen Geister[29]). Hat nun mit dem Verschwinden des alten Aberglaubens das Versprechen seine Zauberkraft verloren? Ich behaupte im Gegentheil, dieselbe ist im Laufe der Jahrtausende eine weltbeherrschende Kraft geworden.

Es kommt uns dies recht zum Bewußtsein, wenn wir uns vergegenwärtigen, daß das Versprechen im Recht der Schuldverhältnisse gewissermaßen allgegenwärtig ist, sich aber unter den verschiedensten Benennungen verbirgt. Die

---

28) Ueber den Begriff der vermögenminderuden Verfügungen s. Dernburg, Pand. (2. Aufl.), I § 95, Regelsberger, Pand. I § 167, und Ehrenzweig, Rechtsgrund der Vertragsverbindlichkeit, Wien 1889, S. 81 ff. „Der Wille des verlierenden Theils ist der eigentliche Träger aller privatrechtlichen Dispositionsbefugnisse. Er ist es, der den Schuldvertrag an die Stelle der Erpressung setzt."

29) Im Prozesse war sogar ein unabsichtliches Versprechen — in den vorgeschriebenen Prozeßformeln — unheilbar.

wichtigsten deutschen Begriffsbezeichnungen dieses Rechtsgebiets kommen darin überein, daß sie theils Unterarten des Versprechens bezeichnen, theils Verfügungen, welche ein Versprechen in sich schließen. Hieher gehören namentlich:

1) Der Antrag, d. h. dasjenige Versprechen, welches einen Vertragsschluß oder ein Vertragsverhältniß bezweckt, d. h. die Selbstverpflichtung von entsprechender Gegenverfügung des anderen Theils abhängig macht.

2) Die Annahme (Antragsannahme), das durch den Antrag bezweckte, den Vertragsschluß bewirkende Gegenversprechen.

3) Die Annahme (im Sinne von Accept), das abstrakte, auf Wechsel oder Anweisung gegebene Summenversprechen.

4) Der Auftrag, enthaltend das Versprechen, das auftragsgemäß besorgte Geschäft als Geschäft des Auftraggebers und für dessen Rechnung gelten zu lassen.

5) Die Bestellung[29a]), enthaltend das Versprechen, die bestellte Leistung als für Rechnung des Bestellers geschehen zu vergüten.

6) Der Vertrag, das Doppelversprechen, genauer die als einheitliches Rechtsgeschäft gedachte Verbindung von Versprechen und Gegenversprechen (Antrag und Annahme).

7) Die Veräußerung, enthaltend — als Zusicherung der Veräußerungsbefugniß — das Versprechen, Gewähr zu leisten.

8) Der Verzicht, d. h. das Versprechen, die Geltendmachung des bestehenden Rechts oder Anspruchs zu unterlassen.

9) Die Verschreibung — auch Verpflichtungsschein —

---

29a) Vgl. Brinz, Pand. IV (1895) S. 308 f.

d. h. das schriftlich gegebene [30]) Versprechen, sei es an eine bestimmte Person, sei es an Ordre oder Inhaber — mit Einschluß der durch Indossament übertragbaren Handelspapiere.

10) Die Stiftung, enthaltend das Versprechen der Auszahlung des Stiftungsvermögens; endlich

11) die unter den verschiedensten Benennungen vorkommendenen Preisausschreibungen und andere öffentliche Versprechen an das Publikum.

Besonderer Erläuterung bedürfen hier noch die Ausdrücke Antrag und Annahme, sowie deren Verhältniß zum Vertrage.

Die modernen deutschen Civilgesetzbücher — das preußische, österreichische, badische, sächsische bürgerl. Ges.B. [31]) — stimmen theils wörtlich, theils dem Sinne nach dahin überein, daß der Vertrag zu Stande kommt durch gültige Annahme eines gültigen Versprechens [32]). Dies paßt auf die den römischen Konsensual- und Realkontrakten entsprechenden Vertragsverhältnisse mit der Maßgabe, daß auch bei letzteren die res nicht mehr Bedingung der Klagbarkeit ist. Bei beiden kann die Erfüllung mit dem Versprechen ganz oder theilweise Hand in Hand gehen, braucht es aber nicht. In allen Fällen kommt der Vertrag zu Stande durch Versprechen und Gegenversprechen [s. g. Annahme] mit oder ohne gleichzeitige Erfüllung.

Woher wird nun allgemein der Ausdruck Antrag gebraucht für dasjenige Versprechen, welches Vertragsschluß

---

30) „Versprechen" ist schon sprachlich nicht anders denkbar, als daß es Jemandem „gegeben" wird. v. Lüdinghausen-Wolff, Die bindende Kraft des einseitigen Versprechens (Inaug.-Diss. Berlin 1889), S. 4.

31) Preuß. Ld.R. I Tit. 5 §§ 4 und 79; Oesterr. B.G.B. § 861; Badisches B.G.B. a. 1101; Sächs. B.G.B. § 782.

32) Leistungsaustausch ohne vorhergehende Verpflichtung, namentlich Handkauf, ist ebenfalls kausal und Verpflichtungen (z. B. Gewährleistung) begründend, mithin Vertrag.

bezweckt und deshalb die eigene Erfüllungspflicht von einem Gegenversprechen abhängig macht?

Der Ausdruck ist 1) zweckmäßig zur Unterscheidung des eben erwähnten Vorversprechens vom s. g. einseitigen Versprechen, welches kein Gegenversprechen, keine Gegenverfügung verlangt. — Der Ausdruck Antrag deutet 2) an, daß es sich um eine Anbahnung handelt, d. h. um einen Versuch, vermittelst Angebot und Nachfrage einen Interessenausgleich und somit das bezweckte Vertragsverhältniß zu Stande zu bringen.

Der Ausdruck Antrag deutet 3) an, daß das gegebene Vorversprechen nicht als ein Rechtsgeschäft für sich betrachtet werden will, sondern daß es als einheitliches, vollendetes Rechtsgeschäft erst betrachtet werden will in Verbindung mit dem bezweckten Gegenversprechen[33]): denn erst diese Verbindung ist Vertrag.

Soll der Ausdruck „Antrag" aber technisch brauchbar sein, so muß man ihn beschränken auf den Vertragsantrag; anderenfalls verliert er seine technische Brauchbarkeit. — Uebergabe und Zahlung sind keine Anträge, denn sie bezwecken keinen Vertragsschluß.

So vielsagend und charakteristisch der Ausdruck „Antrag", so vieldeutig und deshalb gefährlich ist der Ausdruck „Annahme"[34]).

33) Womit übrigens durchaus nicht gesagt sein soll, daß der Vertragsantrag überhaupt kein Rechtsgeschäft sei. Auch unten N. 37. — Antrag (Verkaufsofferte) ist übrigens auch der sog. Kauf auf Probe. S. Köppen in diesem Jahrb. 11 (1871), S. 336 ff. Bekker, Pand., II S. 216.

34) Man mag diese Vieldeutigkeit beklagen, da aber die „Annahme" als juristischer Kunstausdruck einmal nicht zu entbehren und nicht zu beseitigen ist, so bleibt nichts übrig, als den Ausdruck mit Vorsicht und unter Klarstellung des jedesmaligen Sinnes zu gebrauchen. — Ueber Annahme als Schuldnererklärung und als Gläubigererklärung s. Windscheid, Pand. II § 306 N. 9.

In alter Zeit freilich war die Annahme ein körperlich sichtbarer Akt, das äußerliche Ansichnehmen der Wahrzeichen eines Verpflichtungswillens, mochten diese Wahrzeichen nur bestehen in der dargereichten Hand, in einer Urkunde, einem Halm, einem Handschuh oder anderen Symbol.

Jetzt ist aus der körperlichen Ansichnahme längst der rein geistige Begriff der Annahme geworden; — so geistig, daß sogar die „Annahme der Annahme", d. h. die Unterstellung einer nicht vorhandenen Annahme eine bedeutende Rolle spielt.

Eine der größesten Schattenseiten der deutschen Terminologie ist aber sonder Zweifel der ununterschiedene Gebrauch des Wortes „Annahme" für entgegengesetzte Begriffe, namentlich für die Antragsannahme und die Erwerbsannahme.

Die Annahme des Antrags (Vertragsantrages) ist nichts Anderes als das Gegenversprechen, d. h. diejenige den Annehmer verpflichtende Gegenverfügung, durch welche der bezweckte Vertrag zu Stande kommt.

Wie kommt es, daß das Gegenversprechen als Annahme bezeichnet wird? — Der Grund liegt in der Art, wie im Verkehr der Vertrag — der individuelle Ausgleich von Nachfrage und Angebot — zu Stande zu kommen pflegt.

Der dies bezweckende Antrag umfaßt nicht nur die Bestimmung dessen, wozu der Antragende sich selbst verpflichtet, sondern er muß der Natur der Sache nach nothwendig mitumfassen die Bestimmung der bezweckten Gegenverpflichtung. Da sonach der Antrag bereits den Inhalt des Versprechens und auch des Gegenversprechens genügend bestimmt, so genügt, statt den Antrag in umgekehrter Richtung zu wiederholen, und statt des ausdrücklichen Gegenversprechens

die bloße Annahme oder Ablehnung mit „Ja" oder „Nein"[34a]).

Das Gegenversprechen wird also in unendlich vielen Fällen in abgekürzter Form — eben in der Annahmeform — abgegeben, aus Bequemlichkeit sowohl als aus Zweckmäßigkeitsgründen.

Ausführlicher Erklärung bedarf es in der Regel nur dann, wenn nicht angenommen sondern abgelehnt, aber mit der Ablehnung Gegenvorschläge verbunden werden. Diese Annahme, durch welche der Vertrag zu Stande kommt, ist also in Wirklichkeit ein Gegenversprechen — ausdrücklich oder in abgekürzter Form. Ich nenne sie, zur Unterscheidung von anderen Annahmearten, die Antragsannahme.

Nun giebt es aber noch eine ganze Gruppe anderer Annahmen, z. B. Annahme von Zuwendungen (Schenkungen, Erbschaften, Vermächtnissen), welche man ausschlagen kann[35]), Annahme von Leistungen als Erfüllung einer Verbindlichkeit, welche man unter Umständen zurückweisen kann; Entgegennahme von Rechts- und Besitzübertragungen, Entgegennahme der Aushändigung von Verpflichtungsurkunden und dgl.

In allen diesen Fällen liegen Verfügungen des anderen Theils vor, deren Wirkung nicht abhängig gemacht ist von einer Gegenverfügung des Empfängers. Der letztere soll nur

34a) Vgl. Regelsberger, Pand., I S. 547 f.

35) Die Entwürfe wechseln hier im Ausdrucke: Schenkung (§ 463 E. II) gilt als angenommen, wenn sie nicht abgelehnt wird; das Recht aus Verträgen Dritter gilt als nicht erworben, wenn es zurückgewiesen wird (§ 285 E. II). Von der Erbschaft wird gesagt, daß der Anfall als nicht erfolgt gilt, wenn sie ausgeschlagen wird und daß, wenn nicht rechtzeitig ausgeschlagen wird, dies der Annahme gleichsteht (§ 1820, 1830 E. II). Die Vermächtnißforderung kommt mit dem Erbfall zur Entstehung (Anfall des Vermächtnisses)" unbeschadet des Rechts der Ausschlagung (§ 2047, § 2050 E II).

*erwerben und er erwirbt von selbst, falls er die (allerdings mögliche) Ablehnung unterläßt.*

Die Annahme ist in allen diesen Fällen *nicht Uebernahme einer Verbindlichkeit, sondern bloße Zustimmung.* Man könnte sie *Negativannahme* nennen, denn sie hat die überwiegend *negative* Bedeutung, festzustellen, daß *keine Ablehnung erfolgt*[36].

Ich nenne sie, um auch hier ein deutsches Wort zu brauchen, *Erwerbsannahme*, im *Gegensatze zu der* eine selbstverpflichtende Verfügung enthaltenden *Antragsannahme.*

Es ist also, wenn durch den Gebrauch des Wortes *Annahme* nicht heillose Verwirrung entstehen soll, *unbedingt nöthig, scharf zu unterscheiden:*

a) handelt es sich um Vertragsschluß, so ist die *Annahme* eine Verfügung, und zwar *Gegenversprechen;*

b) handelt es sich dagegen um bloßen *Erwerb*, so ist die Annahme bloße *Nichtablehnung resp. bloße Zustimmung* (Konsens). Die bloße Zustimmung, *bloße Er-*

---

36) Dieser *negative* Charakter der Annahme wird freilich vielfach verdeckt durch ein scheinbar *positives* Verhalten. Der Erwerber kann nämlich das *Ablehnungsrecht* nicht ausüben, also auch nicht durch Nichtausübung verlieren, wenn er von der Sachlage keine Kenntniß hat. Insofern ist es von Wichtigkeit, daß diese Kenntniß der Sachlage und des angebotenen Gegenstandes aus seinem Verhalten hervorgehe; ferner daß er trotz dieser Kenntniß den Erwerb *nicht* ablehnt, vielmehr demselben zustimmt. *Durch diese Zustimmung geht das Ablehnungsrecht verloren, aber ein Vertragsschluß ist sie nicht.* Mit anderen Worten: das Versprechen gilt als angenommen, sobald es zur Kenntniß des Empfängers gelangt ist, falls es nicht sofort zurückgewiesen wird. — *Behrend* in seiner Zeitschr. f. deutsche Gesetzgebung, 8 S. 307 f. bezeichnet die „Negativannahme" als „*passiven Willen*"; derselbe genüge, weil er *lediglich gerichtet sei auf Aneignung der zugedachten Erweiterung der Rechtssphäre.*

werbsannahme ist kein Vertragsschluß, mag sie nun ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen.

Die Annahme (Nichtablehnung) einer Zuwendung ist ebensowenig Vertragsschluß, als die Annahme der Erbschaft das Testament zum Vertrage macht.

Wie wichtig diese Unterscheidung ist, ergiebt sich sofort bei Prüfung der allgemein verbreiteten Auffassung, daß die Verbindlichkeit der Verträge nicht auf dem Versprechen, sondern auf der Annahme beruhe. Diese Auffassung ist offenbar unhaltbar, denn gerade die hier gemeinte Annahme des Vertragsantrags ist selbst Versprechen: der Vertrag die als Einheit gedachte Verbindung von zwei Versprechen, von denen — aus oben erläuterten Gründen — das eine als Antrag, das andere als Annahme bezeichnet wird.

Auch die vielfachen Streitfragen betr. den Vertragsschluß unter Abwesenden drehen sich lediglich darum: Wann ist das Vorversprechen (der Antrag) als gegeben zu betrachten, so daß es nunmehr bindend ist und angenommen werden kann? Ferner: Wann ist das Gegenversprechen (die Annahme) als gegeben und damit der Vertrag als geschlossen zu betrachten?

Der Vertrag erfordert also nicht etwa vier Erklärungen, zwei kreuzweise Versprechen und zwei kreuzweise Annahmen dieser Versprechen, sondern nur zwei Erklärungen. Sobald das durch den Antrag geforderte Gegenversprechen gegeben, ist der Vertragsschluß da[37]).

37) Nach der herrschenden Vertragstheorie wäre das in der Antragsannahme enthaltene Gegenversprechen an sich wieder unverbindlich, falls es nicht gehörig angenommen wird. Man hilft sich durch die Fiktion, daß der Vertragsantrag nicht bloß Antrag, sondern zugleich auch Annahme sei, nämlich anticipirte Annahme des zu er-

Es bedarf des Gegenversprechens zum Rechtserwerbe aus dem Versprechen nur deshalb, weil das Vorversprechen, der Antrag, die Erfüllungspflicht davon abhängig gemacht hat, daß das Gegenversprechen erfolgt.

Mit anderen Worten, die Vertragsverbindlichkeit ist nichts anderes als die Verbindlichkeit der beiden Versprechen, aus welchen der Vertrag besteht. — Dies entspricht übrigens auch durchaus der Natur der Sache. Könnte der innerhalb seines Machtkreises Verfügende sich nicht gültig verpflichten, so könnte er erst recht nicht verpflichtet werden durch eine zustimmende Erklärung der zur Verfügung innerhalb des fremden Machtkreises nicht berechtigten Gegenpartei. Die Verbindlichkeit der Verträge hat also die Verbindlichkeit des Versprechens zur nothwendigen Voraussetzung[38]).

---

wartenden Gegenversprechens. Zerlegt man dem entsprechend dann auch die Antragsannahme in zwei Erklärungen: Antragsannahme und Gegenversprechen, so ist der Vertragstheorie konstruktiv genügt, — fällt aber freilich auch die „zweieinige Willenserklärung", welche das Wesen des Vertrags ausmachen soll, in vier Stücke auseinander. — Uebrigens ist „anticipirte Annahme" ein Widerspruch in sich. Es liegt im Begriff der Annahme, daß sie nachfolgt. Marsson, Die Natur der Vertragsofferte, Inaug.-Diss. Greifswald 1879, S. 17. S. auch Regelsberger, Pand., I S. 547. — Krückmann, Ueber den Vertragsschluß, Inaug.-Diss. Göttingen 1892, S. 12 f., 56 ff., führt aus: Lediglich der Antrag sei Rechtsgeschäft, nämlich einseitig bindende Uebernahme der Verpflichtung. — Die Annahmeerklärung als solche habe dagegen gar keinen rechtsgeschäftlichen Charakter, durch sie werde nur die Bedingung der Vertragswirkung erfüllt. Diese Ausführung erledigt sich dadurch, daß Antrag und Antragsannahme sich rechtlich als Versprechen und Gegenversprechen gleichstehen, nur formell sich dadurch unterscheiden, daß die Annahme das Gegenversprechen in verkürzter Form enthält oder doch enthalten kann.

38) S. Köppen in diesem Jahrb. 11 (1871) S. 350: „Die Verbindlichkeit des Versprechens ist eine Konsequenz seines Begriffs." —

Es ergiebt sich hieraus: das Versprechen theils als einfache Selbstverpflichtung (sog. einseitiges Versprechen), theils als Doppelversprechen (sog. Vertrag) ist die Grundlage aller rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnisse.

Bekanntlich hat Siegel in seiner verdienstvollen Schrift: „Das Versprechen als Verpflichtungsgrund" (Berlin 1873)[39]) zuerst dargelegt, wie in dem Versprechen zweierlei enthalten sei, nämlich: 1) die Verpflichtung, bei dem Versprechen stehen zu bleiben (die Gebundenheit) und 2) die Verpflichtung, das Versprochene zu leisten (die Erfüllungspflicht). Aber Siegel führt auch aus: die Pflicht des Versprechenden, sein Wort zu halten, d. h. die rechtliche Wirkungslosigkeit der Zurücknahme, treffe regelmäßig zusammen mit der Erfüllungspflicht. Trotzdem müsse der Jurist Beides unterscheiden, wenn auch die Unterscheidung dem Laien

---

Gilt die Selbstverpflichtung des Schuldners nichts, so ist nicht einzusehen, wo denn die Verbindlichkeit des Vertrages, welche doch erfahrungsmäßig besteht, überhaupt herkommen soll? — „Woher hat der Antragsempfänger die Befugniß, den Antragsteller durch seine Annahmeerklärung zu verpflichten? Die bisherige Vertragstheorie mit ihrer Vereinigung von zwei Willenserklärungen, deren jede für sich nur faktischen Bestand hat, ist ein wahres juristisches Räthsel. Sie vermag nicht anzugeben, woher auf einem Male die rechtliche Wirkung stammt". So Krückmann, a. a. O. S. 8 f.

39) Dieselbe ist bahnbrechend für die hier vorliegenden Fragen gewesen. Aus der neuesten Litteratur ist hervorzuheben: die in der Note 37 erwähnte Inaug.-Diss. von Krückmann. — Eine Uebersicht der Fälle, in welchen die Praxis das einseitige Versprechen als verpflichtend anerkennt, giebt Ehrlich, Die stillschweigende Willenserklärung 1893, S. 255 ff. Es gehören dahin namentlich Bürgschaft, Verpfändung, Schuldanerkenntniß, Genehmigung, Verzicht auf Rechte und Einwendungen und Schenkungsversprechen. Ferner die von Bekker, Pandektenrecht, II S. 212 f. als Ermächtigungsgeschäfte klassifizirten Vollmachten und Blankoskripturen.

als bloße Spitzfindigkeit und Wortklauberei erscheine[40]). Diese Ausführung ist verfehlt.

Die Gebundenheit an das Wort — in dem Sinne, daß es nicht willkürlich zurückgenommen werden kann — ist unmittelbare Folge des gegebenen Versprechens, weil es, wie gesagt, Verfügung ist. Dagegen die Erfüllungspflicht ist eine Wirkung nicht des Versprechens an sich, sondern des durch dasselbe bezweckten Rechtsverhältnisses[41]), dessen Gesammtthatbestand sie als vorhanden voraussetzt.

Der Antrag macht die Erfüllungspflicht abhängig von der Gegenverfügung, welche in der Regel ein Gegenversprechen ist oder enthält.

Das einseitige Versprechen kann die Erfüllungspflicht abhängig machen von den verschiedensten Thatbestandsmomenten, welche behufs Herstellung des bezweckten Rechtsverhältnisses dem Versprechungsakte hinzutreten müssen. Diese Momente haben alle das Gemeinsame, daß sie keine Gegenverfügung sind.

Verfügung und Gegenverfügung (Antrag und Antragsannahme) sind als nothwendige Vertragselemente durch die Natur der Sache gegeben.

Dagegen ist es zunächst lediglich Sache der Willensauslegung, inwiefern Jemand, der ein Versprechen gegeben hat, seine Verbindlichkeit aus demselben noch habe von einer

40) Siegel, Das Versprechen als Verpflichtungsgrund, S. 48. Die Gebundenheit an das Wort enthält nicht, wie Siegel S. 21 meint, eine Verpflichtung, den Widerruf zu unterlassen; sondern sie hat die Folge, daß etwaiger Widerruf wirkungslos ist. S. namentlich v. Lüdinghausen-Wolff, Die bindende Kraft des einseitigen Versprechens (Inaug.-Diss., Berlin 1889), S. 17 ff., 24.

41) S. über den Unterschied zwischen Rechtsgeschäft und Rechtsverhältniß namentlich Köppen in diesen Jahrb. 11 S. 148 ff., N. 5, 7, 8, S. 379.

besonderen Annahmeerklärung des Erwerbers abhängig machen wollen oder nicht, in welch letzterem Falle die Nichtablehnung[41a]) genügt.

Natürlich kann auch die Gesetzgebung — durch Erwägungen der Zweckmäßigkeit geleitet — eine Annahmeerklärung positiv vorschreiben, d. h. bestimmen, daß das mit dem Verpflichtungswillen gegebene Versprechen trotzdem — wegen seines besonderen Inhalts oder aus besonderen Gründen resp. bis zu einem gewissen Zeitpunkte — solle zurückgenommen werden können.

Immerhin ist als Regel davon auszugehen, daß:

1) wer sich verbindlich machen will und zu diesem Zwecke ein einseitiges Versprechen abgiebt, dadurch gebunden wird, soweit nicht er selbst oder positive Gesetzvorschrift die Gebundenheit von einer besonderen Annahmeerklärung abhängig macht;

2) keinenfalls durch Hinzutritt einer solchen Annahmeerklärung das einseitige Versprechen zum Vertrage wird.

## § 3. Vertrag und Versprechen im Entwurfe des B.G.B.

Nach den bisherigen Erörterungen ist es schlechthin unzulässig, sprachwidrig, der Natur der Sache widersprechend, das Wort Vertrag als gleichbedeutend mit contractus, pactum, Abrede, Uebereinkunft, Einigung zu gebrauchen.

Wie Vergleich sprachlich bedeutet: Ausgleich des Streites durch gegenseitiges Nachgeben, so Vertrag: Ausgleich der Interessen durch gegenseitige

41a) S. namentlich Ehrlich, Die stillschweigende Willenserklärung (1893), S. 234 f. Die Nichtablehnung ist Aneignung. Ebenda S. 112 ff.

Verpflichtung. Der Begriff muß beschränkt werden auf das gegenseitig verpflichtende Kausalgeschäft. Statt aber den Vertragsbegriff in dieser Art sachgemäß und sprachgemäß zu beschränken, hat ihn die historische Schule nach dem Vorgange von Savigny's in ungemessener Weise noch weiter ausgedehnt, und zwar dahin, daß es nicht nur obligatorische, familienrechtliche und erbrechtliche Verträge giebt, sondern daß der Begriff auch die Rechtsgeschäfte des Sachenrechts als sog. dingliche Verträge umfaßt[42]).

Savigny bemerkt selbst mit Recht, hiernach sei „Vertrag“ beinahe gleichbedeutend mit Rechtsgeschäft

---

42) Die Römer haben den Begriff des dinglichen Vertrags überhaupt nicht gekannt. S. namentlich Pernice, Labeo, I (1873) S. 408 und in der Zeitschr. für Rechtsgeschichte (Parerga III) N. F. 9 (1888) S. 201 ff. Dagegen beweist auch nichts die für die Vertragsnatur der Tradition stets citirte L. 55 D. de O. et A. 44, 7 „nisi animus utriusque consentit“, welche übrigens Pernice a. a. O. S. 204 mit Recht für interpoliert erklärt. — Ausführlich handelt vom dinglichen Vertrag Exner, Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition (1867), S. 4 ff. Er reduzirt ihn auf die Formel: „Du sollst haben“ — im Gegensatz zum obligatorischen „Du sollst bekommen“, und zum familienrechtlichen „Du sollst sein“. — Aber auch Exner gesteht S. 5 N. 8 zu, daß die Römer als Vertrag (pactio, conventio) nur die obligatorischen Verträge aufgefaßt haben, ebenso die gesammte Doktrin des vorigen Jahrhunderts und die drei großen aus dieser Doktrin hervorgegangenen Gesetzbücher. Vergl. § 1, 2, Th. I, Tit. 5 Allg. Pr. LR., a. 1101 Code civil, § 861 Oesterr. B.G.B. — Der sog. dingliche Vertrag hat übrigens die Eigenthümlichkeit, daß er nicht erfüllt werden kann. Er ist entweder selbst Erfüllung oder führt einen Zustand herbei, welchen die Rechtsordnung als unhaltbar wieder zu beseitigen sucht (condictio). — Im Konnossement sieht Exner a. a. O. S. 208 „eine vom modernen Handelsverkehr erzeugte neue Form des dinglichen Vertrages“. Dagegen Goldschmidt, Handb. des Handelrechts, § 79 Note 8 S. 808, auch S. 721 ff. In der That wäre dies ein Vertrag, der nicht nur dinglich, sondern auch mit einer unbestimmten Person geschlossen ist, d. h. die beiden den Vertragsbegriff ausschließenden Momente in sich vereinigt.

unter Lebenden überhaupt; während die Römer die Ausdrücke pactio, pactum, conventio nur für den obligatorischen Vertrag gebraucht hätten[43]). Aber — fügt er wörtlich hinzu — man darf sich den Vortheil nicht entgehen lassen, den der Besitz eines so passenden deutschen Ausdruckes („Vertrag" für Rechtsgeschäfte unter Lebenden) für diesen Rechtsbegriff darbietet.

Diese nach von Savigny allgemein angenommene, m. E. sprachwidrige Ausdehnung des Vertragsbegriffs hat die Weiterentwicklung der Doktrin nachtheilig beeinflußt, hat viel Unklarheit und Unsicherheit in derselben verursacht. Man wird kaum umhin können, in ihr einen bedauerlichen Mißgriff zu erkennen.

Der E. I. Lesung hatte sich hinsichtlich des Vertragsbegriffs dieser gemeinrechtlichen Doktrin angeschlossen, namentlich auch hinsichtlich der dinglichen Verträge. Als solche behandelt der E. I die Rechtsgeschäfte des Sachenrechts[44]) betr. Uebertragung des Eigenthums, Begründung, Uebertragung, Aenderung, Aufhebung von dinglichen Rechten sowohl an Grundstücken als an beweglichen Sachen. Ferner aber auch wichtige im Rechte der Schuldverhältnisse vorkommende Rechtsgeschäfte, namentlich Erlaß, Forderungsabtretung, Schuldübernahme und Schuldversprechen[45]).

43) S. von Savigny, System des heutigen römischen Rechts, 3 S. 307 ff., 318.

44) Uebertragung des Eigenthums an Grundstücken § 828, an beweglichen Sachen § 874, Begründung, Uebertragung und Belastung der Rechte an Grundstücken § 829 und an beweglichen Sachen §§ 983, 1147, 1196; Aufhebung und Abänderung von Rechten an Grundstücken §§ 841, 1091, 1106, 1107, 1184, 1144 (Entw. I). Dazu Mot. III S. 7 und 187.

45) S. Entw. I § 290, E. II § 341 (Schulderlaß), E. I §§ 293, 294, 1087, E. II §§ 342, 1061 (Forderungsabtretung), E. I §§ 314 ff.,

Alle diese sog. Verträge sind, wie in den Motiven hervorgehoben wird, „nothwendig abstrakt“[46]).

Das heißt — nach § 829 I. Lesung:

in ihrer Wirksamkeit unabhängig davon, ob der Rechtsgrund angegeben, und ob er vorhanden oder gültig war, oder ob die Vertragschließenden verschiedene Rechtsgründe vorausgesetzt haben.

Nach diesseitiger Auffassung kann es allerdings abstrakte Verträge nicht geben und ebensowenig abstrakt-dingliche Verträge. Denn der Vertrag ist nothwendig Interessenausgleich, also kausal, abstrakter Vertrag ein Widerspruch in sich[47]).

---

E. II §§ 357 ff. (Schuldübernahme), E. I § 683, E. II §§ 719 f. (Schuldversprechen). Dazu Mot. II S. 114, 120, 148, 187 ff.

46) Hinsichtlich dieser von Dernburg, Pandekt. I § 213 N. 8 als „schroff und unpraktisch“ bezeichneten Abstraktheit der dinglichen Verträge vergl. Strohal in diesen Jahrbüchern, 27 S. 385 ff., wo dieselbe für das römische Recht bekämpft wird. In Betr. der Tradition auch Karlowa, Römische Rechtsgeschichte, II S. 417 ff. — Der § 829 ist übrigens in II. Lesung als überflüssig, obwohl richtig gestrichen. Reatz, Zweite Lesung des Entw. eines B.G.B., S 426.

47) Die Konstruktion des abstrakten Vertrags ist für den Romanisten mit besonderer Schwierigkeit verbunden angesichts der berüchtigten L. 25 § 4 D. de prob. 22, 3 u. c. 3 u. 13 C. de non num. pec. 4, 30, welche Dernburg, Pand., II § 22 Note 6 als „das Grabgeläute der abstrakten Stipulationen im Römischen Rechte“ bezeichnet. — Man versteht jene Stellen dahin, daß die „cautio indiscreta“ rechtlich unwirksam ist, der Gläubiger also trotz der Verschreibung die Schuld anderweitig beweisen muß („debitum esse ostendere“). Diesem Uebelstande wird nun nach Windscheid, Pand., II § 412a durch den Anerkenntnißvertrag abgeholfen. Derselbe ist gar kein civiles Rechtsgeschäft, sondern ein prozessualischer Beweisvertrag des Inhalts, daß der anerkennende Schuldner sich implicite verpflichtet: „die an sich unzulässige Behauptung der Schuld ohne Schuldgrund weder bestreiten noch als prozessualisch unzulässig zurückweisen zu wollen“. — Es bedarf wohl keiner Ausführung, daß ein derartiger Beweisvertrag nicht nur auf bloßer Fiktion

Anders aber lag die Sache für den Entwurf, nach welchem der Vertragsbegriff grundsätzlich alle durch wirklichen oder wenigstens fingirten Konsens bedingten Rechtsgeschäfte unter Lebenden umfaßte.

Daher sind denn auch in II. Lesung die im Rechte der Schuldverhältnisse vorkommenden sog. abstrakt-dinglichen Verträge beibehalten worden.

Als man aber in II. Lesung zum Sachenrechte gelangte, wurden die „dinglichen Verträge" beanstandet, d. h. es wurde bezweifelt, ob man den zu den dinglichen Rechtsgeschäften erforderlichen Konsens als „Vertrag" bezeichnen dürfe.

Es wurde namentlich ausgeführt[48]):

„Der sog. dingliche Vertrag sei überhaupt kein selbständiger Rechtsakt, sondern nur ein Bestandtheil des aus Parteierklärung und Eintragung (resp. Uebergabe) bestehenden Rechtsgeschäfts. Diesen Bestandtheil aber als „Vertrag" zu bezeichnen, entspreche nicht dem Sprachgebrauche und den Anschauungen des Volkes und sei geeignet, zu bedenklichen Mißverständnissen zu führen, namentlich zur Verwechselung mit dem Kausalvertrage."

Das Resultat der Debatte ist gewesen, daß der dingliche Vertrag durch Majoritätsbeschluß beseitigt wurde. An Stelle des Wortes „Vertrag" ist im Sachenrecht nunmehr überall gesetzt „Einigung".

---

beruht, — in Wirklichkeit denkt Niemand an dergleichen, — sondern daß er, falls wirklich geschlossen — als contra jus publicum — null und nichtig sein würde. — Baehr in der Krit. Vierteljahrsschrift, 30 S. 409 nennt diesen Beweisvertrag: ein „unglückliches Gebilde, das ein sonst verdienstvoller Rechtslehrer zur Lebensrettung des Konstituts ersonnen hat."

48) S. Reatz, Zweite Lesung des Entw. eines B.GB., S. 414 ff.

Dieser Vorgang ist besonderer Aufmerksamkeit würdig als augenfälliges Beispiel, wie die Beachtung des Sprachgebrauchs und der Volksanschauung geeignet ist, den Gesetzgeber auf den rechten Weg zurückzuführen.

Die ungerechtfertigte Ausdehnung des Vertragsbegriffs auf alle Rechtsgeschäfte unter Lebenden hatte den Entwurf auf den Abweg gebracht, auch im Sachenrecht überall dingliche Verträge zu erblicken. Bei richtiger Begrenzung des Vertragsbegriffs hätte hiervon niemals die Rede sein können. Denn Gegenstand und Wirkung der dinglichen Rechtsgeschäfte ist nicht die Begründung gegenseitiger Verbindlichkeiten, sondern die Uebertragung, Aufhebung, Begründung oder Umwandlung dinglicher Rechte. Die im Sachenrechte vorkommenden Ansprüche und Verbindlichkeiten sind nicht Wirkungen der dinglichen Rechtsgeschäfte, sondern des Daseins oder Untergangs der dinglichen Rechte.

Dieser entscheidende Grund für die Beseitigung der „dinglichen Verträge" konnte — in Folge des unrichtigen Vertragsbegriffs — in der Kommission nicht zur Geltung kommen. Trotzdem kam man an der Hand des Sprachgebrauchs in II. Lesung wenigstens im Sachenrecht auf den richtigen Weg zurück.

Somit haben wir jetzt vor uns das eigenthümliche Resultat, daß die abstrakt-dinglichen Verträge aus dem Sachenrecht verschwunden, dagegen im Recht der Schuldverhältnisse stehen geblieben sind. Es bedarf keiner Ausführung, daß sie auch hier gestrichen werden müssen[49].

---

49) Vergl. oben S. 13 ff. Anm. 11 ff.

In der gemeinrechtlichen Doktrin hat man sich aber durch die unnatürliche Ausdehnung des Vertragsbegriffs genöthigt gesehen, nicht nur abstrakte und dingliche Verträge zu konstruiren, sondern auch Verträge mit unbestimmten Personen.

Von vornherein erscheint es zwar dem Laienverstande unbegreiflich, wie ein Interessenausgleich oder auch nur eine Willenseinigung hergestellt werden kann mit einer nicht vorhandenen Person. Aber konstruiren läßt sich Alles. Man braucht nur, ausgehend davon, daß ein Vertrag durch Antrag und Annahme zu Stande kommt, jede vermögenmindernde (veräußernde oder verpflichtende) Verfügung als Antrag zu bezeichnen, jeden wirklichen oder fingirten Erwerbsakt als Annahme, so ist Alles glücklich unter den Vertragshut gebracht.

Ist vorläufig kein Annehmer vorhanden, so schadet das auch nichts. Es liegt dann eine Art Successivgründung vor mit suspendirter Gläubigerschaft. Der Antrag ist einstweilen in blanco. Findet sich hinterher ein Berechtigter, so liegt nachträgliche Annahme vor, mithin ein successiv zu Stande gekommener Vertrag [50]). — Genau genommen, führt freilich auch diese künstliche Konstruktion nicht

50) Nach diesem Rezepte hätte auch der römische Staat „Verträge geschlossen" mit dem unbestimmten Pöbel, welcher die bei festlichen Gelegenheiten ausgeworfenen Getreidemarken (tesserae) von der Straße auflas. In der That erklärt es Pernice, Zeitschrift für Rechtsgeschichte, 5 (1884, Parerga, II) S. 107 ff. — vom Standpunkte der herrschenden Theorie aus — für „unumgänglich", in diesem Vorgange Verträge mit unbestimmten Personen zu erblicken. Er fügt aber mit vollem Rechte hinzu, es sei kein Anhalt dafür vorhanden, daß die römischen Juristen die Sache so ansahen. Die Ausgabe der tesserae war einseitiges Versprechen an den Vorzeiger des Legitimationszeichens, gleichgültig, ob er dasselbe gekauft, vermacht erhalten oder von der Straße aufgelesen hat. S. auch oben Note 42.

einmal zum Ziele. Denn in dem Augenblick, wo durch die sog. Annahme der sog. Vertrag zu Stande kommt, hat die Ungewißheit der Person des Berechtigten auch bereits aufgehört. Der sog. Vertrag kommt also immerhin zu Stande mit einer bestimmten Person[51]).

Die angeblichen geschichtlichen Beweise für die Existenz von Verträgen mit unbestimmten Personen sind hinfällig. Sie reduciren sich im Wesentlichen auf einen Fall bedingter Tradition — den sog. jactus missilium[52]) — und gewisse Vollmachtsklauseln, welche sich aus der Geschichte

51) S. Biermann in diesen Jahrbüchern, 32 S. 296—315. Nach Dernburg, Pand., II § 23 Note 4 erfolgt der Vertragsschluß dadurch, daß ein Dritter — an Stelle des dem Schuldner gegenüber anonym bleibenden Gläubigers — acceptirt. — Savigny hatte, Obl. Recht (1851), II S. 89 ff., vom Standpunkte des gemeinen Rechts aus geleugnet, daß Verträge mit unbestimmten Personen möglich seien. Er stellte aber freilich ebendaselbst auch in Abrede, daß aus Auslobungen oder anderen öffentlichen Versprechen gemeinrechtlich ein Klagerecht entstehe. Freiwillig werde allerdings oft gezahlt. Dagegen bemerkt Dernburg a. a. O. § 9 N. 10 mit Recht: „Gesunde Resultate erhalten wir nur, wenn wir den Auslobenden als mit der Auslobung gebunden ansehen".

Behrend, Deutsches Privatrecht, in v. Holtzendorff's Encyklopädie (5. Aufl.), S. 597 beschränkt sich auf die Andeutung: Es sei de lege ferenda zwar nicht wünschenswerth, das einseitige, nicht angenommene Versprechen allgemein für verbindlich zu erklären. Wohl aber dürfte es gerechtfertigt sein, dem öffentlich erklärten, einseitigen Versprechen in gewissen Fällen verbindliche Kraft beizumessen — auch abgesehen von der Auslobung und der Vertragsofferte in incertam personam.

52) Man sagt nämlich: giebt es dingliche Verträge mit incertae personae, warum soll es nicht auch Schuldverträge mit incertae personae geben? (So z. B. Hoelder, Pand., I [1891] S. 221 N. 4. Dagegen mit Recht Pernice in der Krit. Vierteljahrschr., 35 [1893] S. 73.) Das Argument erledigt sich indessen sehr einfach. Weder durch die Tradition im Allgemeinen, noch durch den jactus missilium im Besonderen zieht man sich eine Verbindlichkeit zu (nihil contrahitur). Sie sind nicht einmal römische „contractus", viel weniger „Vertrag" im deutschen Sinne. S. auch Pernice, Parerga, II S. 108.

der Stellvertretung unschwer erklären[53]). Jene Klauseln sind im Wesentlichen nichts Anderes als die noch heute übliche Schlußklausel in Generalvollmachten, in welcher der Machtgeber im voraus Alles genehmigt, was der Bevollmächtigte auf Grund der Vollmacht thun und erklären wird.

Das ist aber weder Antrag an unbestimmte Personen, noch Vertrag mit unbestimmten Personen. Die Vertragsschlüsse erfolgen mit bestimmten Personen seitens des Bevollmächtigten mit Wirkung für den Machtgeber kraft direkter Stellvertretung.

Ein näheres Eingehen auf diesen Gegenstand erübrigt sich dadurch, daß der Entwurf Verträge mit unbestimmten Personen nicht kennt. Er erkennt namentlich an, daß die Auslobung und die Verbindlichkeit aus dem Inhaberpapiere nicht auf Vertrag beruhe.

Allerdings kommen in den Mot. I S. 167 und 172 Aeußerungen vor, nach denen Vertragsanträge an das Publikum möglich sein und die Behandlung von Anerbietungen an incertae personae der Wissenschaft überlassen bleiben sollen. — Allein gegenüber dem Texte des Entwurfs

---

53) Im Mittelalter hat sich das Prinzip der direkten Stellvertretung erst allmählich befestigt. Dadurch erklärt sich die Form der Kreditbriefe aus dem Anfang des 13. Jahrh., auf welche Brunner in Goldschmidt's Zeitschr., Bd. 22 S. 85 ff. aufmerksam gemacht hat, und welche Verträge mit unbestimmten Personen vorstellen sollen. Namentlich handelt es sich um einen Kreditbrief König Johanns vom Jahre 1200, durch welchen er die Vollmachtsinhaber, zwei Geistliche, ermächtigt, ihn (den König) durch Aufnahme von Darlehen bis zu einem bestimmten Höchstbetrage zum Schuldner zu machen. Der Brief, gerichtet an alle italienischen Kaufleute („universis mercatoribus“) erklärt, der Aussteller verpflichte sich, die auf Grund der Vollmacht aufzunehmenden Gelder zurückzuzahlen unter der Bedingung, daß die Vollmacht (der Brief) zugleich mit dem auf Grund derselben ausgestellten Schuldscheine präsentirt und zurückgegeben wird.

sind solche Aeußerungen bedeutungslos. Antrag im technischen Sinne ist nur dasjenige Versprechen, welches Vertragsschluß bezweckt, muß also an eine bestimmte Person gerichtet sein[53a]).

Entscheidend gegen die Terminologie „Verträge mit unbestimmten Personen" ist der deutsche Vertragsbegriff als individueller Interessenausgleich und Kausalgeschäft. Die Bezeichnung hierher gehöriger Thatbestände als „Verträge" ist dem deutschen Sprachgebrauche vollständig fremd und unverständlich.

---

Abgesehen von den Verträgen mit unbestimmten Personen bleibt der Entwurf wesentlich im Fahrwasser der gemeinrechtlichen Doktrin. Im allgem. Theil (Buch I) übergeht er das Versprechen mit Stillschweigen, behandelt als selbständiges Rechtsgeschäft lediglich den Vertrag.

Im Recht der Schuldverhältnisse (Buch II) kommt das Versprechen nur ganz ausnahmsweise vor, aber auch nur bei Verträgen. Im Abschn. 2 „Schuldverhältnisse aus Verträgen" lautet merkwürdiger Weise der letzte (6.) Titel „Einseitiges Versprechen". Er besteht nur aus dem einzigen § 310: „Aus dem einseitigen, nicht angenommenen Versprechen entsteht eine Verbindlichkeit nicht"[54]).

53a) Vergl. Brinz, Pand., IV (1895) S. 312: „Daß Verträge nur zwischen konkreten Personen zu Stande kommen, das ist Nothwendigkeit; allein aus dem Vertrag geht kein Schluß auf das Offert." — Das ist richtig für das Offert in dem von Brinz gebrauchten allgemeinen Sinne als Anerbieten; nicht richtig im technischen Sinne als Vertragsantrag.

54) Die Stellung von „nicht" am Ende des Satzes ist eine in Windscheid's Pandekten beliebte Konstruktion.

Wie dunkel — um nicht mehr zu sagen — diese Bestimmung ist, soll noch weiterhin erörtert werden. Hier interessirt uns zunächst die Frage: Was sagt das deutsche Volksbewußtsein zu diesem, im Entwurf aufgestellten Grundsatz, daß das Versprechen nicht verbindlich ist?

Die deutschen Rechtssprichwörter geben die Antwort mit genügender Deutlichkeit[55]):

Der Volkswitz hat zwar einen Spruch für Leute, die ihre Schulden nicht bezahlen: „Versprechen ist ehrlich, Halten beschwerlich" (Il se ruine à promettre, et s'acquitte à ne rien donner). Aber das ist kein Rechtsprinzip.

Das Rechtsbewußtsein des Volkes drückt sich wie folgt aus:

„Verheißen macht Schuld", „Versprechen macht Schuld", „Versprechen und Halten steht wohl bei Jungen und Alten", „Wer nichts versprach, braucht nichts zu halten".

„Ein Wort muß so gut sein, als Brief und Siegel."

„Wenn das Wort heraus ist, so ist es eines Anderen."

„Wenn das Wort von der Zunge, so ist der Mann gebunden."

„Wer gebunden ist, der sitzt fest."

„Man nimmt den Mann beim Wort und den Hund beim Schwanz." „Man faßt das Pferd beim Zaum, den Mann beim Wort." (So in vielen ähnlichen Wendungen.)

Ferner: „Niemand kann sich von seinem Versprechen sagen" (d. h. lossagen). „Weß sich der Mann verbindet, deß bleibt er gebunden." „Versprechen will ein Halten haben." „Was du nicht halten willst, sollst du nicht versprechen." „Ein Schelm, der sein Wort nicht hält."

55) Vergl. die Sprichwörter-Sammlungen von Wilh. Koerte (Leipzig 1847) und Graf und Dietherr (Nordhausen 1867), S. 227 ff.

Gegenüber der in diesen Aussprüchen ausgeprägten Volksüberzeugung ist es — meine ich — verwirrend oder vielmehr schlechthin unzulässig, in einem für Deutschland bestimmten Gesetzbuch als allgemein gültige Norm den Satz hinzustellen: „Das Versprechen ist unverbindlich."

Dies aber thut der Entwurf, indem er — wie wir gesehen haben, — nicht nur in der Lehre von den Rechtsgeschäften (Buch I Abschn. 3) das Versprechen mit Stillschweigen übergeht, sondern in § 310 den allgemeinen Satz aufstellt: Aus dem nicht angenommenen Versprechen — also aus dem Versprechen als solchem — entsteht keine Verbindlichkeit.

Es giebt nun zwar Gelehrte, welche die Berufung auf Rechtssprichwörter als eine kindliche Naivität zurückweisen, weil die Sprichwörter nicht genügend scharf unterscheiden zwischen rechtlicher und sittlicher Verbindlichkeit. Allein im vorliegenden Fall ist dieser Einwand unberechtigt.

Zunächst liegt für den Gesetzgeber durchaus kein zwingender Grund vor, sich in einer so eminent wichtigen Frage in einen auch nur scheinbaren Widerspruch zu setzen mit den sittlichen Empfindungen der Volksseele.

Sodann aber handelt es sich hier in der That um Rechtssprichwörter, und zwar um Rechtssprichwörter von großer kulturhistorischer Bedeutung. Woher kommt es denn, daß hier mit solchem Nachdruck wieder und wieder betont wird, das Versprechen muß gehalten werden?

Die Antwort ist, daß es in früheren Perioden anders war [56]), daß das Versprechen sich seine Anerkennung

56) S. hierzu im Allgemeinen Post, Grundlagen des Rechts (1884), S. 345 ff. Für das deutsche Recht: Heusler, Institutionen, II S. 230 ff. Brunner, Quellen und Geschichte des deutschen Rechts in v. Holtzendorff's Encyklopädie (5 Aufl. 1890), S. 278 f. Für das römische Recht:

als freiwillig übernommene Verbindlichkeit, als selbstverpflichtende Privatverfügung erst in Jahrtausende langer Entwickelung erkämpft hat, und — müssen wir hinzufügen — auch heutigen Tages noch von der herrschenden Meinung nur unter der Vertragsfirma anerkannt wird.

In früheren Zeiten gab es theils Ansprüche ex delicto auf Strafe und Schadenersatz, theils Ansprüche auf Buße wegen Treubruchs, theils Ansprüche auf Gegenleistung oder Rückgabe begründet durch reelle Leistung (res), — aber keine Erfüllungsansprüche aus bloßem Versprechen; d. h. also, wirthschaftlich ausgedrückt, keinen Kredit.

Die Verpflichtung, das Versprechen zu halten, folglich auch die Verträge zu erfüllen, ist also keineswegs vom Himmel gefallen. Aber sie ist ein Kulturfortschritt[57]), welchem die obigen Rechtssprichwörter energischen Ausdruck geben, und es ist m. E. gerade eine der wichtigsten Aufgaben, bei Schaffung des deutschen Nationalgesetzbuchs diesen Kulturfortschritt ebenfalls vollkommen klar zum Ausdruck zu bringen, nicht aber ihn terminologisch verdunkeln zu lassen durch Anschauungen, welche sich noch aus alt römischer Zeit in die moderne Theorie herübergerettet

---

Ihering, Vermischte Schriften (1879), S. 186 ff. B. W. Leist, Civil. Studien, IV (1877) S. 98 ff. und Alt-Arisches jus gentium (1889) S. 458 ff.

57) Bekanntlich hat Schloßmann, Der Vertrag (1876), S. V und 287 ff., statt den Vertragsbegriff sachgemäß und sprachgemäß zu beschränken, denselben überhaupt für hohl und werthlos erklärt. Nach ihm ist die Grundlage der Verbindlichkeit nicht, daß die Verträge erfüllt werden müssen, sondern daß, wer schuldhafter Weise einen Anderen verletzt, zur Wiederausgleichung des Schadens verpflichtet ist. Daß dadurch das Recht der Schuldverhältnisse wieder auf den Standpunkte der Urzeit, die obligatio ex delicto zurückgeworfen wird, ist ihm anscheinend nicht zum Bewußtsein gekommen.

haben, daß nämlich, wie Windscheid sagt (Pand. II § 304 N. 1), das Rechtsgeschäft, „der Ausdruck ist der Unterwerfung des Schuldners unter den Willen des Gläubigers“.

Ebenso hinfällig ist ein anderer Einwand, daß nämlich die Rechtssprichwörter die Frage nicht beantworten, was ein Versprechen ist, unter welchen thatsächlichen Voraussetzungen ein für verbindlich zu erachtendes Versprechen, ein Versprechen im Rechtssinne überhaupt vorliegt?

Daraus folgt eben, daß die Beantwortung dieser Frage Sache des Gesetzgebers ist.

Der Entwurf hat mit Versprechen außerhalb des Rechtsgebiets überhaupt nichts zu thun. Er gebraucht den Ausdruck „Versprechen“ einzig und allein im Rechtssinne, für ein mit dem Verpflichtungswillen abgegebenes Versprechen.

Das wird in den Mot., Bd. II S. 175, zum Ueberfluße ausdrücklich bestätigt. Ein solches Versprechen wird trotz des Verpflichtungswillens in § 310 des Entw. II für unverbindlich erklärt.

Damit wird dem deutschen Volksbewußtsein direkt entgegengetreten. Denn nach den Sprichwörtern gilt die Gebundenheit an das Wort allgemein als Rechtspflicht auf dem Rechtsgebiet, als sittliche Pflicht außerhalb desselben.

Allerdings ist es nicht Sache der Rechtssprichwörter, thatsächlich zu spezifiziren, was in jedem einzelnen Falle zu einem gültigen Versprechen gehört, aber sie konstatiren als Forderung des deutschen Rechtsbewußtseins, daß ein Versprechen — wenn es nicht etwa nach der Rechtsordnung ungültig ist — auch gehalten werden muß, d. h. verbindlich sein soll.

Als Resultat ergiebt sich, daß der deutsche Gesetzgeber das Versprechen *nicht* für grundsätzlich unverbindlich erklären *darf*. Er hat vielmehr dessen Verbindlichkeit *grundsätzlich anzuerkennen* und zugleich näher zu bestimmen:

1) unter welchen Voraussetzungen ein Versprechen im Rechtssinne als *vorhanden* resp. als *nicht vorhanden* anzunehmen ist,

2) in welchen Fällen das mit Verpflichtungswillen gegebene Versprechen *ausnahmsweise nichtig oder ungültig ist*, endlich

3) was zu dem an sich gültigen, mithin auch verbindlichen Versprechen *hinzutreten* muß, um es *wirksam*, namentlich *klagbar* zu machen.

Dieser Aufgabe hat der Entw. bis jetzt nicht genügt und bedarf *insofern der Abänderung*.

Ein anderer Mangel ist folgender: Dem Entwurfe liegt, wie aus den Motiven Bd. I S. 117 ersichtlich, zu Grunde die dem gemeinen Recht entnommene Eintheilung der Rechtsgeschäfte in *einseitige* und *zweiseitige* in dem Sinne: Einseitige sind sie, wenn sie nur *einer* Willenserklärung zum Zustandekommen bedürfen, zweiseitig, wenn sie *mehr als einer* Willenserklärung bedürfen[58]).

58) Da im Sinne des Entw. sowohl die materiellen als die abstrakten Rechtsgeschäfte in der Regel zweiseitig d. h. Verträge sind — denn sie erfordern einen Vertragsantrag und dessen Annahme — so bleiben als *selbständige einseitige Rechtsgeschäfte* nur übrig folgende zwei Kategorien: A) Aufgabe eines Rechts durch *vor einer Behörde* abzugebende Willenserklärung, welche eben deshalb nicht empfangsbedürftig ist, namentlich Aufgabe dinglicher Rechte an Grundstücken vor dem *Grundbuchamt*, E. I §§ 834, 872, 960, 977, 1015, 1048, 1061, 1142, E. II § 796 f; Verzicht des Finders auf Eigenthumserwerb gegenüber der *Polizeibehörde*, E. I § 923; E. II § 891. B) Die im Entw. anerkannten Ausnahmen von der angeblichen Regel der Unverbindlichkeit des einseitigen Versprechens, E. II §§ 70 ff. (Stiftung), §§ 589 ff. (Auslobung),

Der Zusammenhang des besprochenen § 310 mit dieser Eintheilung ist folgender: Ist das einseitige Rechtsgeschäft kein Versprechen — d. h. keine selbstverpflichtende Verfügung — sondern z. B. bloße Kündigung, Mahnung, Rücktrittserklärung u. dgl., so bedarf es keiner Annahme, ist mithin als einseitiges Rechtsgeschäft gültig. Ist dagegen das einseitige Rechtsgeschäft ein Versprechen, so ist es mangels Annahme ungültig. Es entsteht daraus keine Verbindlichkeit.

Diese Unterscheidungen zwischen Rechtsgeschäft beruhend auf einer oder auf zwei Erklärungen, Versprechen ohne und mit Annahme, würden aber praktisch nur verwerthbar sein, wenn unter Erklärung eine wirklich vorhandene Erklärung, unter Annahme eine thatsächliche Annahme verstanden würde. Dies ist aber nach dem Entwurfe ebensowenig der Fall, wie nach dem gemeinen Rechte. — Man ist eben, sobald man das Versprechen als solches für grundsätzlich unverbindlich erklärt hat, stets genöthigt, diesen Fehler einigermaßen praktisch unschädlich zu machen durch Vertragsfiktionen vermittelst Annahmefiktionen[59]).

§§ 722 ff. (Schuldverschreibung auf Inhaber). Dagegen giebt es zahlreiche unselbständige einseitige Rechtsgeschäfte, wie Kündigung, Wahl, Genehmigung, Bestätigung, Erfüllungsannahme, Rücktritt, Widerruf, Streitverkündigung, Cessionsanzeige an den Schuldner u. dgl.

59) Früher nahm man an, das Versprechen sei in gewissen Fällen allerdings ohne Annahmeerklärung verbindlich, jedoch nur, weil — der Gesetzgeber oder der regierende Fürst schon im voraus für alle Betheiligten stillschweigend acceptirt habe. Siegel: Das Versprechen als Verpflichtungsgrund, S. 157. Vergl. oben N. 51. — Heutzutage fingirt man sog. stillschweigende Willenserklärungen. — Welche Rolle diese in der Gesetzgebung, Rechtsprechung und Litteratur spielen, läßt die sehr reichhaltige Schrift von Ehrlich, Die stillschweigende Willenserklärung (Berlin 1893) ersehen, als deren Ergebniß S. 287 f. u. A. Folgendes registrirt wird: „Die stillschweigende Willenserklärung existirt nicht; vielmehr liegt bei einer ganzen Reihe von Thatbeständen, die man als Willenserklärungen und Verträge auffaßt, theils überhaupt keine Willenserklärung

So auch der Entwurf. Da der Vertrag einmal Normalgeschäft sein soll, so werden auch Schenkungsversprechen, Bürgschaft und Schuldanerkenntniß für Verträge erklärt, indem man die zweite Erklärung, die Annahme, hinzufingirt.

Abgesehen hiervon kann aber auch auf Grund einer in § 124 des Entwurfs enthaltenen clausula generalis je nach Umständen die nicht vorhandene Annahme als vorhanden angenommen werden[60]).

Der § 124 E. II drückt dies so aus:

„Zum Zustandekommen des Vertrags genügt die Annahme des Antrags, ohne daß es einer Erklärung dem Antragenden gegenüber bedarf, wenn dieser auf eine solche Erklärung verzichtet hat, oder wenn das Unterbleiben derselben der Verkehrssitte entspricht."

Die gedachte Unterscheidung zwischen Rechtsgeschäften beruhend auf einer und auf zwei Willenserklärungen ist also nicht haltbar.

---

vor, theils ein nicht durch Willenserklärung, sondern durch Aneignung zu Stande gekommener Vertrag." [Realannahme durch Aneignungshandlungen]. — Einseitig belastende Versprechen (Verbürgung, Verpfändung, Konstitut ꝛc.) verpflichten den Versprechenden auch ohne Annahme des Promissars." In der Vorrede bemerkt der Verfasser S. VII, er sei überall davon ausgegangen, daß die Annahme eines rechtsgeschäftlichen Willens, wenn dieser weder erklärt noch sonst erwiesen ist, eine für die juristische Konstruktion unbrauchbare Fiktion sei.

60) Hält man die § 124 und § 310 neben einander, so ergiebt sich für die Praxis folgender Rechtszustand. Will das Gericht dem aus einem Versprechen hergeleiteten Anspruche stattgeben, so erklärt es das Versprechen für einen stillschweigend angenommenen Vertragsantrag im Sinne des § 124. Will es dagegen den Anspruch zurückweisen, so erklärt es das Versprechen gemäß § 310 für unverbindlich, weil es nicht angenommen sei.

Ein anderer wesentlicher Mangel ist der, daß es im Entwurfe unklar bleibt, wie Versprechen und Vertragsantrag sich zu einander verhalten[61]).

Aus der Vergleichung der einzelnen Bestimmungen ergiebt sich die Anschauung: der Antrag ist das Normale, weil er das normale Rechtsgeschäft, den Vertrag zu Stande bringt.

Das Versprechen aber ist etwas ganz Anderes, es ist anormal, in der Regel unverbindlich, ausnahmsweise geduldet.

Hinsichtlich des Sprachgebrauchs ist es bemerkenswerth, daß der Ausdruck „Versprechen", welchen der Dresdener Entwurf von 1866 ganz vermeidet, im Entwurf des B.G.B. nur sehr selten gebraucht wird.

Er kommt im Entw. II außer im § 310 nur vor:

a) in der Titelüberschrift Buch II Abschn. 2 Tit. 3. „Versprechen der Leistung an einen Dritten."

Hier ist im Texte mehrfach vom „Versprechenden" und vom „Versprechensempfänger" die Rede.

b) in § 291 ff.: Versprechen einer Geldsumme als Vertragsstrafe.

---

61) Wie bereits dargelegt, ist Vertragsantrag, soweit es sich um Begründung von Verbindlichkeiten handelt, nichts als ein für einen gewissen Fall (Gegenversprechen oder Gegenleistung) gegebenes Versprechen. Wenn nun die Motive Bd. II S. 175 sagen: „Kaum der Bemerkung bedarf es, daß die Anerkennung der bindenden Kraft des Vertragsantrags nicht im Widerspruche steht mit dem Prinzip der Unverbindlichkeit des einseitigen Versprechens", so erinnert das an die auch in anderen Wissenschaften gemachte Beobachtung, daß gerade die als selbstverständlich hingestellten Sätze sich bei näherer Prüfung oft als problematisch, nicht selten als unwahr herausstellen. Eine Aufklärung darüber, warum nur das bedingt gegebene Versprechen (der Vertragsantrag), nicht aber das unbedingt gegebene Versprechen bindend sei, wäre durchaus nicht überflüssig gewesen, wenn man sie hätte geben können.

c) im § 465: Versprechen einer Leistung schenkungsweise.

d) im § 719: Versprechen einer Leistung als selbständiges Schuldversprechen.

Und zwar wird in allen diesen Fällen im Entwurfe die Verbindlichkeit aus dem Versprechen als eine vertragsmäßige aufgefaßt, weil eben das Versprechen an sich nur ausnahmsweise verbindlich sein soll.

Aus dem Gesagten ergiebt sich zur Genüge, daß die vom Entwurfe befolgte Terminologie weder besonders klar und durchsichtig, noch überhaupt für ein deutsches und zeitgemäß sein sollendes Gesetzbuch geeignet ist.

## § 4. Abänderungsvorschläge im Allgemeinen.

Bei der Revision des Entwurfes II dürften folgende Gesichtspunkte zu beachten sein.

1) An Stelle der Unterscheidung von auf einer oder zwei Erklärungen beruhenden Rechtsgeschäften, müßte, soweit es sich handelt um Verbindlichkeit begründende Rechtsgeschäfte, unterschieden werden zwischen: einseitig verpflichtendem Rechtsgeschäft, d. h. dem Versprechen, und gegenseitig verpflichtendem Rechtsgeschäft, d. h. dem Vertrag.

Dabei ist zu beachten, daß zwar alle Verträge nach heutigem Rechte gegenseitig verpflichtend sind, also z. B. auch Darlehn, Hinterlegungsvertrag, Vollmachtsvertrag, aber nicht alle Verträge Austauschgeschäfte sind, wie Kauf, Tausch, Miethe, Dienstverträge u. dgl. Um dies klarzustellen, müßte die Ueberschrift des Tit. 2, Buch II Abschn. 2 abgeändert werden. Statt „Gegenseitiger Vertrag" müßte es heißen „Leistung und Gegenleistung" oder „Austauschverträge", denn davon handelt dieser Titel.

2) Der Grundgedanke des Entwurfs, das einseitige verbindliche Versprechen als selten vorkommende Ausnahme zu behandeln, müßte als verfehlt aufgegeben werden[62]). Angesichts der Thatsache, daß diese angeblichen Ausnahmen von unermeßlichem, den ganzen modernen Kredit- und Massenverkehr, den Weltverkehr beherrschendem Umfange sind. Denn zu diesen sog. Ausnahmen gehören die sämmtlichen Wechsel, die indossablen Urkunden und Verpflichtungsscheine des Handelsverkehrs, die Schuldverschreibungen auf Inhaber, die ganze Welt der Werthpapiere und die unzähligen öffentlichen Versprechen des Massenverkehrs, auf welche wir sogleich zurückkommen.

Es ist offenbar nicht zulässig, in einem modernen, zeitgemäß sein sollenden Gesetzbuch die den Weltverkehr beherrschenden Geschäftsformen in einem entlegenen Winkel seines Systems als abnorme Ausnahmefälle unterzubringen, behufs scheinbarer Aufrechterhaltung eines Prinzips, welches auf einer veralteten romanistischen Anschauung beruht.

3) Wie schon erwähnt, ist die gemeinrechtliche Klagbarkeit der **nuda pacta** nichts anderes als eine Ausdehnung des den römischen Konsensualkontrakten zu Grunde liegenden Gedankens auf die deutschen Verträge, die gegenseitigen Kausalgeschäfte. Dieser Gedanke ist der, daß nicht erst die Erfüllung (res), sondern schon das Versprechen eine vermögensrechtliche Leistung ist, welche den Anspruch aus dem Gegenversprechen begründet.

---

62) Der äußere Schein, als handle es sich bei den Verbindlichkeiten aus einseitigem Versprechen um bloße Ausnahmefälle, ist im Entw. künstlich hergestellt a) durch Aufstellung der unhaltbaren Regel § 310, b) durch gänzliche Uebergehung der indossablen Urkunden und c) durch Einschaltung des öffentlichen Versprechens § 735 E. II in den Titel von den Schuldverschreibungen auf Inhaber.

Der Grundsatz der Formlosigkeit d. h. der Klagbarkeit ohne Erforderniß einer bestimmten Form bezieht sich also nicht auf liberale Zuwendungen, nicht auf abstrakte Versprechen, nicht auf Versprechen an unbestimmte Personen.

Er bezieht sich auch nicht auf die Formalverträge des Familien- und Erbrechts, weil hier durchgreifende Gründe der Formlosigkeit entgegenstehen.

Die Anerkennung des Rechtsschutzbedürfnisses der formlosen Rechtsgeschäfte, soweit sie Verträge sind, beruht aber auf einem ungemein wichtigen Gedanken. — Der Vertrag als aus Versprechen und Gegenversprechen bestehendes einheitliches Rechtsgeschäft ist nicht nur an sich wirthschaftlich gerechtfertigt, sondern er macht diese wirthschaftliche Rechtfertigung auch unmittelbar ersichtlich durch den Inhalt der Vertragserklärungen, des Antrags und der Annahme.

Durch diese Ersichtlichkeit der wirthschaftlich materiellen Rechtfertigung unterscheidet sich der Vertrag von dem einseitigen, d. h. einseitig verpflichtenden Versprechen. Daher ist es sachgemäß, ist es ein Bedürfniß der Verkehrssicherheit, daß die Rechtsordnung einen Ersatz verlangt für diesen Mangel des einseitigen Versprechens, daß sie bei ihm den Rechtschutz abhängig macht von einer bestimmten Form.

Die Gültigkeit des einseitigen Versprechens ist abhängig von den Formen entweder der Verschreibung oder der öffentlichen Bekanntmachung.

Die Form des nicht öffentlichen Versprechens ist: Aushändigung oder Ausgabe der Verschreibung. — Die Form des öffentlichen Versprechens ist: die öffentliche Bekanntmachung.

Es ist dies derselbe Gedanke, welcher auch die Grundlage

bildet der englisch-amerikanischen Civilpraxis. Die Verbindlichkeit begründet sich entweder auf Entgeltlichkeit (Gegenversprechen, consideration) oder auf die besiegelte Urkunde (contract under seal)[62a].

4) Der natürliche Zusammenhang zwischen den wirthschaftlichen Zwecken und den zu deren Erreichung geeigneten Geschäftsformen springt überall in die Augen. Der Vertragsantrag und der Vertrag sind geeignet für den individuellen Verkehr, ungeeignet für den Massenverkehr.

Schon für den Individualverkehr erscheint der Vertrag als eine zeitraubende und verwickelte Geschäftsform[63]. Bei lebhaftem Verkehr sucht man die Vertragsverhandlungen auf alle nur mögliche Weise abzukürzen oder zu vereinfachen. Dazu dienen Vertragsformulare, feste Preise und Tarife, ein für alle Mal feststehende Bedingungen, Statuten u. dgl. Das genügt aber noch nicht für den Massenverkehr[64], dessen auf die Dauer berechnete und dabei höchst kostspielige Unter-

---

62a) S. z. B. Hartmann, Grundprinzipien der Praxis des engl.-amerikan. Vertragsrechts im civilist. Arch., Bd. 77 (1891) S. 161 ff., 217 ff.

63) „Jeder begehrt so viel und bietet so wenig als möglich. Der Vertrag entsteht durch ein oft schrittweise zögerndes Nachgeben, nicht durch eine prästabilirte Harmonie der Entschlüsse." Ehrenzweig, Ueber den Rechtsgrund der Vertragsverbindlichkeit, Wien 1889, S. 27.

64) Bezüglich des Massenverkehrs pflegt von einer (öffentlich-rechtlichen) „Verpflichtung zum Kontrahiren" gesprochen zu werden. S. Reuling in Goldschmidts Zeitschr. 16 S. 672 ff., und jetzt Biermann, Rechtszwang zum Kontrahiren, in diesen Jahrb. Bd. 32 S. 267 ff. Dabei wird stillschweigend — aber mit Unrecht — vorausgesetzt, daß „Kontrahiren" und „Verträge schließen" identisch ist. — So z. B. Göppert, Zur rechtlichen Natur der Personenbeförderung auf Eisenbahnen, Inaug.-Dissert. Berlin 1894, S. 39 ff. „Einseitiges zum Abschluß von Verträgen verpflichtendes Rechtsgeschäft". — In Wirklichkeit erfolgt das contrahere im Massenverkehr meist durch öffentliches Versprechen von Leistungen unter der Bedingung der Beibringung eines Legitimationszeichens.

nehmungen — wie Eisenbahn, Post, Schiffsverkehr, Kunstleistungen und Schaustellungen aller Art, — nur bestehen können durch Massenbetheiligung des Publikums. Dabei sind Verhandlungen mit den Einzelnen grundsätzlich ausgeschlossen. Man muß also dem Bedürfniß genügen durch eine derartige Zerlegung des Thatbestandes, daß dadurch individuelle Verhandlungen überflüssig gemacht werden.

An Stelle der Vertragsanträge tritt das öffentliche Versprechen der Leistung an alle künftigen Inhaber des Legitimationszeichens. Der Erwerb dieser Zeichen (Karten, Marken, Billets) bildet ein besonderes Geschäft, Verkauf an der Kasse nach dem bekannt gemachten Tarif und gegen baar — so einfach, daß man die Kasse zutreffend mit einem Automaten verglichen hat[65]).

Dabei ist die Berechtigung aus dem Versprechen unabhängig von dem Nachweis des Erwerbes der Marke, bloß an deren Vorzeigung geknüpft (E. II § 735). — Mit anderen Worten: Man war auf dem Gebiete des Massenverkehrs genöthigt, das sachlich gegenseitige Rechtsverhältniß (Kauf, Miethe rc.) umzugestalten zu einem öffentlichen, bedingt einseitigen Versprechen[66]).

---

65) S. Stoelzel, Schulung für die civilist. Praxis (1894), S. 149. S. auch Biermann a. a. O. S. 298. — Die Einrichtung der besonderen Kasse oder Expedition dient indessen auch zur Innehaltung der Beschränkungen, unter denen das öffentliche Versprechen gegeben ist, z. B. Beschränkung auf den vorhandenen Raum oder eine bestimmte Anzahl von Plätzen.

66) Der in der Litteratur bisher übliche Ausdruck für diese öffentlichen, bedingt einseitigen Versprechen ist „Offerte an das Publikum". Von der Gültigkeit dieser Offerte handelt jetzt ausführlich in zutreffender Weise und mit Angabe der deutschen, französischen und englischen Litte-

Ich gehe nunmehr über zu den einzelnen Abänderungen des Entwurfs, welche sich als Folgesätze aus dem Vorgetragenen ergeben dürften.

Diese Abänderungsvorschläge gruppiren sich unter drei Gesichtspunkte. nämlich:

1) Streichung des § 310 und dessen Ersatz durch andere in den Titel vom Vertrage aufzunehmende Vorschriften.

2) Abänderung einzelner Bestimmungen des Entwurfs, welche sich als nothwendige Folgesätze der zu 1 vorgeschlagenen Bestimmungen ergeben.

3) Entsprechende Revision der im Entwurfe enthaltenen Formvorschriften.

Die Kritik des § 310 muß naturgemäß ausgehen von einem Versuch, den Sinn desselben festzustellen [67]).

---

ratur Biermann, Rechtszwang zum Kontrahiren in diesen Jahrb., 32 S. 267 ff., wo mit Recht S. 314 gesagt ist: „Das, was vor allem zur Anerkennung von Offerten an das Publikum führen muß, ist, daß sie im Volke ganz allgemein für zulässig gehalten werden". — In Betreff der mangelhaft gefaßten Auslegungsregel a. 337 D.H.G.B. genügt es auf die Bemerkungen von Gareis in Endemann's Handb. II S. 565, und Staub, Kommentar (1. Aufl.), S. 737 f. zu verweisen.

67) Der § 310 E. II ist an Stelle der §§ 342, 343 E. I getreten, deren Streichung L. Seuffert in Bekker und Fischers Beiträgen, Heft II, S. 56 befürwortet hatte, weil es überflüssig sei, das einseitige Versprechen für unverbindlich zu erklären. Dies werde sich aus dem Schweigen des Gesetzes von selbst ergeben. — In II. Lesung (s. Protokoll der 61. Sitzung, Bd. II S. 901 ff. der Protokolle II. Lesung) lagen auch Anträge auf Streichung vor; ferner ein Antrag, den § 342 dahin zu fassen: „Das Versprechen einer Leistung bedarf der Annahme." — Das Resultat der Berathung war die Aufrechterhaltung des ersten Satzes § 342 in der Fassung des jetzigen § 310: „um klar hervortreten zu lassen, daß das Gesetz als regelmäßige Begründungsart des Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft nur den Vertrag anerkenne. Es solle dadurch der Deutung entgegengetreten werden, als könne das einseitige nicht angenommene Versprechen auch in anderen als den vom Gesetz besonders bezeichneten Fällen verbindlich sein."

Ein solcher Versuch dürfte aber kaum zu einem befriedigenden Resultate führen [68]).

Vergegenwärtigt man sich zunächst, daß der § 310 E. II das unverbindliche Versprechen bezeichnet als ein „einseitiges, nicht angenommenes", so wird man sagen müssen: nach den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen ist anzunehmen, daß der Gesetzgeber kein überflüssiges Wort gebraucht, mithin bedeutet der Paragraph: Einseitige Versprechen, welche angenommen werden können, aber nicht angenommen worden sind, begründen keine Verbindlichkeit. — Er bezieht sich also lediglich auf solche einseitige Versprechen, welche einer bestimmten Person gegegeben und daher annahmefähig sind. Der bestimmte Gläubiger kann also nicht klagen, ehe er angenommen hat — die bloße Aushändigung der Verschreibung genügt nicht.

Diese Auslegung wird jedoch widerlegt durch die Motive. Nach diesen bezieht sich der § 310 auf alle einseitigen Versprechen, d. h. auf alle solche, die keine Anträge sind, weil sie keinen Vertragsschluß bezwecken, mögen sie im Uebrigen annahmefähig sein oder nicht.

Die Motive sagen nämlich Bd. II S. 175: „ein zwar mit Verpflichtungswillen abgegebenes, aber nicht angenommenes und zur Annahme nicht bestimmtes Versprechen"; das soll wohl nur heißen: entweder nicht zur Annahme bestimmt,

---

68) Es bleibt unklar, ob die Einschaltung „nicht angenommen" hinter „einseitig" eine bloße Wiederholung sein, oder ob sie bedeuten soll, daß das „nicht angenommene" eine Unterart des „einseitigen" Versprechens ist. — Man sagt sich: Entweder ist das sog. einseitige Versprechen zur Annahme bestimmt; dann ist es ein Antrag, als solcher aber nach § 118 E. II verbindlich, wenn der Antragende (Versprechende) die Gebundenheit nicht ausgeschlossen hat. Oder das sog. einseitige Versprechen ist zur Annahme nicht bestimmt; dann würde die trotzdem erfolgte Annahme wirkungslos sein, also gleichgültig, ob das Versprechen thatsächlich angenommen ist oder nicht.

weil unbestimmten Personen gegeben, oder zwar annahmefähig, weil einer bestimmten Person gegeben, aber nicht angenommen.

Daß der Paragraph sich auf Versprechen an unbestimmte Personen bezieht, ergiebt sich zum Ueberfluß noch daraus, daß die Motive als einzige Ausnahmen von dem allgemeinen Grundsatz der Unverbindlichkeit des bloßen Versprechens aufführen: die Stiftung, die Auslobung und das Schuldversprechen an den Inhaber.

Geht man endlich, um den Sinn des § 310 zu ermitteln, auf dessen vermuthliche Quellen zurück, so ergiebt sich, daß es dem § 310 an einem haltbaren Sinn überhaupt gebricht.

Diese Quellen sind: 1) Windscheid, Pand., II § 304, wo es wörtlich heißt: „Die einseitige Erklärung des Willens, zu Gunsten eines Anderen etwas leisten zn wollen, erzeugt, auch wenn sie in der Absicht, sich zu verpflichten, gemacht worden ist, der Regel nach ein Forderungsrecht nicht, d. h. der Erklärende kann die abgegebene Willenserklärung wieder zurücknehmen, und wenn er freiwillig leistet, so erfüllt er damit keine Verbindlichkeit."

2) Der § 770 des Sächs. B.G.B., dahin lautend: „Das einseitige Versprechen einer Leistung unter Lebenden ist unverbindlich."

Beide Aussprüche sind mißverständlich und daher kein geeignetes Material für ein deutsches National-Gesetzbuch.

Der Ausspruch von Windscheid entspricht allerdings dem rein römischen Recht. Er übersieht aber die schon in der römischen Kaiserzeit begonnene Entwickelung, kraft welcher an Stelle der stipulatio die einseitig ausgehändigte Verschreibung getreten, dagegen das mündliche einseitige

Versprechen nicht wegen mangelnder Annahme, sondern wegen mangelnder Form ungültig ist, mag es angenommen sein oder nicht.

Dagegen beruht der § 770 Sächs. B.G.B. anscheinend noch auf einem anderen Mißverständnisse, wie sich aus den dazu gegebenen Erläuterungen des Referenten Siebenhaar ergiebt[69]); nämlich Verwechselung zwischen Rechtsgeschäft und Rechtsverhältniß. Damit verhält es sich so: Ist das einseitige Versprechen in der gesetzlich vorgeschriebenen Form abgegeben und daher gültig, so ist es als selbstverpflichtende Verfügung unwiderruflich, kann nicht beliebig zurückgenommen werden. — Und zwar gilt dies vom einseitigen Versprechen noch in viel höherem Grade als von dem bloßen Vertragsantrag, weil es nicht bloß ein Rechtsgeschäft anbahnt, sondern ein vollendetes Rechtsgeschäft ist. — Das ist die Verbindlichkeit oder Gebundenheit aus dem Rechtsgeschäft. Die Erfüllungspflicht dagegen tritt nur ein als Wirkung des Rechtsverhältnisses. Dazu müssen auch dessen sonstige Thatsbestandselemente, namentlich ein Berechtigter vorhanden sein.

Will also der § 770 a. a. O. resp. der § 310 E. II nur sagen: aus dem einseitigen Versprechen entsteht keine Verbindlichkeit, falls es ungültig, und kann nicht geklagt werden, solange kein Berechtigter vorhanden ist, so ist dies selbstverständlich. — Soll dagegen mehr gesagt sein, so ist dies unrichtig.

Hiernach muß der § 310 gestrichen werden, und zwar hauptsächlich deshalb, weil er 1) mit dem deutschen Sprachgebrauche und mit der Volksüberzeugung im Wider-

69) In seinem Lehrb. des Sächs. Privatrechts, S. 493 ff. u. S. 89 Note 9 ff.

spruch steht; und weil er 2) für den Laien unverständlich ist, auch der Jurist mit ihm nichts anfangen kann, solange die Hauptfragen unbeantwortet bleiben, wann nämlich die Annahme des einseitigen Versprechens als erfolgt anzunehmen ist, und ob das gegebene, nicht abgelehnte Versprechen mit dem angenommenen identisch oder von demselben verschieden ist.

Es bedarf schließlich keines Nachweises, daß der § 310 in der Vertragslehre an einer ganz ungeeigneten Stelle steht. Das Versprechen ist nicht eine Unterart des Vertrages; vielmehr fällt umgekehrt unter den allgemeinen Begriff Versprechen auch der Vertrag als gegenseitiges Versprechen.

Damit ist von selbst gegeben die Stellung derjenigen Bestimmungen, welche an Stelle des fortfallenden § 310 aufzunehmen sind.

Der Tit. 4 Buch 1 Abschn. 3 muß (statt „Vertrag") die Ueberschrift erhalten: „Versprechen und Vertrag". Er muß mit Vorschriften beginnen, welche die allgemeinen Grundsätze über die verschiedenen Versprechensarten enthalten; welche ferner klarstellen, wie sich der Vertrag zum Versprechen verhält; oder genauer, wie sich die den Vertragsschluß bildenden Erklärungen, Antrag und Annahme, zum Versprechen verhalten.

Diese vor § 116 des Entwurfs II einzuschaltenden Bestimmungen würden ungefähr so zu lauten haben:

§ a) Das Versprechen, durch welches sich der Erklärende zu einer Leistung verpflichtet, ohne seine Verpflichtung von einem Gegenversprechen oder einer Gegenleistung des anderen Theils abhängig zu machen (einseitiges Versprechen), kann einer bestimmten Person oder unbestimmten Personen gegeben werden.

§ b) Das einer bestimmten Person gegebene einseitige Versprechen gilt als angenommen, wenn es nicht alsbald nach erlangter Kenntniß abgelehnt worden ist. Das unbestimmten Personen gegebene einseitige Versprechen bedarf keiner Annahme.

Das gültig gegebene einseitige Versprechen ist in der Regel unwiderruflich.

§ c) Zur Gültigkeit des einseitigen, einer bestimmten Person gegebenen Versprechens, sowie zur Gültigkeit eines Versprechens an Ordre oder Inhaber ist schriftliche Form und die Aushändigung der die Verschreibung enthaltenden Urkunde erforderlich.

§ d) Zur Gültigkeit eines der Allgemeinheit oder einem Personenkreise gegebenen Versprechens ist in der Regel die öffentliche Bekanntmachung des Versprechens erforderlich.

Berechtigt, die Leistung aus dem öffentlichen Versprechen zu fordern, sind diejenigen Personen, welche den Anspruch darauf nach Inhalt der Bekanntmachung erworben haben.

§ e) Macht der Versprechende seine Leistungspflicht von einem Gegenversprechen des anderen Theils abhängig, so bedürfen weder das Versprechen (der Vertragsantrag) noch das Gegenversprechen (die Antragsannahme) zu ihrer Gültigkeit einer besonderen Form, falls solche nicht durch Gesetz oder Rechtsgeschäft bestimmt ist. — Durch gültige Annahme eines gültigen Antrags kommt der Vertrag zu Stande.

§ f) Weder Antrag noch Versprechen sind vorhanden, falls in der Erklärung entweder Umfang und Art der Leistung nicht genügend bestimmt, oder aus derselben der Wille, sich zu verpflichten, nicht ersichtlich ist[70]).

70) An passender Stelle dürften noch zwei Bestimmungen einzuschalten sein, nämlich 1) das einmal gültig abgegebene Versprechen erlischt nicht da-

## § 5. Abänderungsvorschläge im Einzelnen.

Die Einzelvorschriften des Entwurfs, welche nach Obigem einer Abänderung bedürfen, sind folgende:

a) § 341, welcher den Erlaß als abstrakt-dinglichen Vertrag behandelt, ist dahin abzuändern:

„Das Schuldverhältniß erlischt, wenn die Schuld vom Gläubiger dem Schuldner erlassen wird, ebenso wenn der Gläubiger dem Schuldner gegenüber anerkennt, daß das Schuldverhältniß nicht besteht."

b) An Stelle der §§ 342, 343, welche die Forderungsabtretung als Vertrag, als sog. abstrakt dinglichen Vertrag behandeln, tritt folgende Bestimmung:

„Eine Forderung kann von dem Gläubiger durch Abtretung auf einen Anderen übertragen werden, wenn die Uebertragung nicht durch die Natur der Leistung, durch Vereinbarung oder durch Gesetz ausgeschlossen ist."

c) § 465, welcher das Schenkungsversprechen als Vertrag behandelt, muß lauten:

„Wird eine Leistung schenkweise versprochen, so ist zur Gültigkeit des Versprechens gerichtliche oder notarielle Form erforderlich" [71]).

d) An Stelle der §§ 719, 720, welche das Schuldversprechen und das Schuldanerkenntniß als Verträge [72]) behandeln, tritt folgende Bestimmung:

---

durch, daß der Versprechende nach der Abgabe stirbt oder geschäftsunfähig wird (§ 107 Abs. 2 § 125 E. II); 2) durch bloße Annahme (Gegenversprechen) kommt der Vertrag nicht zu Stande, falls der Antragende seine Verpflichtung von sofortiger Leistung abhängig gemacht hat (§ 86 Abs. 4 E. I).

71) Durch die Möglichkeit der Ablehnung wird die Schenkung nicht zum Vertrage. S. Bekker, Pand., 2 S. 182 f. R.G.E. 6 S. 185 f. — Baehr hält in seinem Gegenentwurf die einfache Schriftform für genügend. Ich lasse das hier dahingestellt sein.

72) Der Entw. II erklärt sie ausdrücklich als Verträge nach Vor-

„Zur Gültigkeit eines reinen Schuldversprechens genügt, falls nicht eine andere Form vorgeschrieben ist, die Aushändigung der das Schuldversprechen enthaltenden Urkunde an den Gläubiger. Dasselbe gilt für die Erklärung des Schuldners, durch welche er eine Verbindlichkeit als bestehend anerkennt (Schuldanerkenntniß).“

Endlich e) behandelt der Entwurf als Verträge mit dem Gläubiger im § 357 die Schuldübernahme[72a]) und in § 706 die Bürgschaft. Beide sind jedoch an und für sich einseitige dem Gläubiger gegebene Versprechen; und zwar die Schuldübernahme ein Eintritts-Versprechen unter der Bedingung der Befreiung des bisherigen Schuldners; die Bürgschaft ein Versprechen, welches je nach Umständen bedingt oder unbedingt gegeben werden kann. Andererseits ist nicht zu verkennen, daß beide Arten des Versprechens auch in der Weise gegeben werden können, daß die Verbindlichkeit von einem Gegenversprechen des Gläubigers, z. B. Entlassung des bisherigen Schuldners, Stundung, Gewährung von Abschlagszahlungen u. dgl. abhängen soll, also als Antrag, gerichtet auf einen Vertragsschluß mit dem Gläubiger. Aber eben weil je nach Umständen sowohl die Antragsform als die Form des einseitigen Versprechens als zweckentsprechend gewählt werden kann, dürfen Schuldübernahme und Bürgschaft nicht schlechthin als „Verträge“ bezeichnet werden. — Dazu kommt, daß der § 358, wie auch schon von Strohal[73]) gerügt, als mißlungen erscheint, weil er die mit

---

gang von Windscheid, Pand., II § 412, Sächs. B.G.B. § 1397 ff. und Dresdner Entw. a. 922 ff., wo von „Anerkenntnißvertrag“ und „Schuldanerkenntnißvertrag“ die Rede ist. Vergl. auch Baehr in der Krit. Vierteljahrschr. 30 S. 405 ff.

72a) Hierzu s. Baehr a. a. O. S. 364 ff.

73) S. 35. Jahresbericht der Jurist. Gesellsch. zu Berlin (für 93/94), S. 91.

dem Schuldner vereinbarte Schuldübernahme als ein durch Genehmigung des Gläubigers bedingtes Geschäft auffaßt.

Hiernach würden die in Rede stehenden §§ etwa so zu lauten haben:

> § 357. „Wird eine Schuld von einem Dritten dem Gläubiger gegenüber in der Weise übernommen, daß der Dritte gegen Entlassung des bisherigen Schuldners an dessen Stelle tritt, so erlischt des Letzeren Verbindlichkeit, ohne daß es ihm gegenüber einer hierauf gerichteten Erklärung bedarf."
>
> § 358. „Wird die Schuldübernahme von dem Dritten mit dem Schuldner vereinbart, so gilt dies im Zweifel als ein dem Schuldner gegebenes Versprechen, die Befreiung desselben aus der Haftung für die Schuld herbeizuführen."
>
> § 706. „Bürgschaft ist das von dem Bürgen dem Gläubiger eines Dritten gegebene Versprechen, für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten dem Gläubiger einzustehen." —

Bisher war die Rede von solchen Rechtsgeschäften, welche der Entwurf schlechthin als Verträge bezeichnet hat. Die ihm zu Grunde liegende Voraussetzung, daß das einseitige Versprechen nur in seltenen Ausnahmefällen als verbindlich anzuerkennen sei, hat aber auch Einfluß geübt auf die Behandlung dieser Ausnahmen selbst, namentlich im § 71 (Stiftung) und § 590 (Auslobung).

Nach § 71 Abs. 2 soll dem Stifter, nachdem er in notarieller oder gerichtlicher Form die Stiftung errichtet hat, trotzdem der Rücktritt offen stehen, solange die staatliche Genehmigung nicht ertheilt ist.

Nach § 590 soll trotz der öffentlichen Bekanntmachung

die Auslobung so lange widerrufen werden können, als die zu belohnende Handlung noch nicht vorgenommen ist.

Beide Bestimmungen sind Ausflüsse des falschen Prinzips, daß das nicht angenommene Versprechen grundsätzlich unverbindlich ist.

Dieses falsche Prinzip wird hier durch eine Hinterthür wieder hereingelassen. Der oben gedachte Absatz 2 des § 71 muß fortfallen. Ferner muß § 590 wie folgt abgeändert werden:

> „Die Auslobung ist unwiderruflich. Jedoch kann eine Frist für die Vornahme der Handlung nachträglich bestimmt werden, falls solches in der ersten Bekanntmachung unterblieben ist. Diese Fristbestimmung ist indessen nur wirksam, wenn sie in derselben Weise wie die Auslobung bekannt gemacht ist."

---

Es soll schließlich noch ein Blick geworfen werden auf die Formvorschriften des Entwurfs.

Wie verhalten sich dieselben zu dem oben aufgestellten Grundsatze, daß der Vertrag als gegenseitiges Kausalgeschäft, dessen materielle Rechtfertigung sich aus seinem Inhalte ergiebt, in der Regel keiner besonderen Form bedarf, dagegen das einseitige Versprechen eben deshalb in der Regel ein formelles sein muß, weil die wirthschaftliche Rechtfertigung aus ihm inhaltlich nicht ersichtlich ist?

Der Grundsatz der Formlosigkeit ist im Entwurfe anerkannt, soweit sich die von ihm normirten Rechtsgeschäfte als wirkliche Verträge darstellen. Ausnahmsweise ist eine bestimmte Form vorgeschrieben, nämlich:

a) notarielle oder gerichtliche Form für vertragsmäßige Verpflichtung zur Uebertragung eines Vermögens, eines künf-

tigen Erbtheils oder Pflichttheils oder Uebereignung eines Grundstücks, §§ 263—265;

b) notarielle oder gerichtliche Form für Erbschaftskauf. §§ 448, 461;

c) schriftliche Form für Immobiliar-Mieths- und -Pachtverträge auf länger als ein Jahr, §§ 507, 521;

d) Eintragung der Vereine in das Vereinsregister und der Erwerbsgesellschaften in das Handelsregister, §§ 49 ff., 69, 675 f.

Diese Ausnahmen sind als berechtigt anzuerkennen; es braucht auf sie nicht näher eingegangen zu werden. —

Der für das einseitige Versprechen aufgestellte Grundsatz der Nothwendigkeit einer bestimmten Form ist im Wesentlichen ebenfalls zur Anerkennung gelangt.

Namentlich ist als wesentlich anerkannt die Aushändigung der Verschreibung: bei der Anweisung (§ 619 f.), beim Schuldversprechen und Schuldanerkenntniß (§§ 719 f.), bei der Schuldverschreibung auf den Inhaber (§§ 722, 726); — ferner bei der Stiftung (§ 71) und dem Schenkungsversprechen (§ 465), bei letzteren beiden in notarieller oder gerichtlicher Form.

Die Form der öffentlichen Bekanntmachung kommt zur Anwendung bei der Auslobung (§ 589) und dem öffentlichen Versprechen, oder — wie § 735 des Entwurfs es ausdrückt:

> „Wenn Karten, Marken oder ähnliche Urkunden, in denen ein Gläubiger nicht bezeichnet ist, unter Umständen ausgegeben werden, aus welchen hervorgeht, daß der Aussteller dem Inhaber zu einer Leistung verpflichtet sein will."

Dagegen kommen hier wirkliche oder scheinbare Ausnahmen vor, welche besonderer Besprechung bedürfen.

Zu diesen Ausnahmen gehört Folgendes:

1) § 280 ff. enthalten unter der Ueberschrift: „Versprechen der Leistung an einen Dritten" die Bestimmungen über die sog. Verträge zu Gunsten Dritter[74]). Eine besondere Form ist für sie nicht bestimmt, da sie eben als Verträge betrachtet werden.

Die bei diesem Institut interessirende Hauptfrage ist bekanntlich: inwieweit und unter welchen Voraussetzungen der Dritte das Recht, die versprochene Leistung zu fordern, unmittelbar erwirbt.

Es ist gerügt worden, daß der § 280 dem Richter für die Beantwortung dieser Frage keinen genügenden Anhalt giebt, da sie „nach den Umständen" beurtheilt werden soll.

Die Eigenthümlichkeit des Instituts liegt darin: Das vom Antragsteller geforderte und ihm gegebene Gegenversprechen der Leistung an den Dritten ist ihm gegenüber als Vertragsannahme entgeltlich und bedarf daher insoweit keiner Form. Würde es thatsächlich dem Dritten gegeben, so würde es als ihm gegenüber einseitiges Versprechen zu seiner Gültigkeit der Aushändigung einer Verschreibung bedürfen. Die Absicht der Vertragschließenden geht

74) Diese allgemein übliche Bezeichnung leidet an dem Mangel, daß dabei diejenige Person, um deren Berechtigung es sich handelt, als im Hintergrunde stehender Dritter betrachtet wird. Von dem für die rechtliche Beurtheilung maßgebenden Standpunkte dieses Berechtigten aus handelt es sich um ein ihm gegenüber einseitiges Versprechen, welches in Folge seiner materiellen Rechtfertigung als Rechtsgrund für seinen Rechtserwerb — auch ohne besondere Verschreibung — anerkannt wird. — Diese materielle Rechtfertigung liegt aber darin, daß das Versprechen als Antragsannahme einem Dritten (dem Mitkontrahenten) gegeben wird. Als Antragsannahme giebt es Einwendungen aus dem Vertrage (§ 286), als einseitiges Versprechen bewirkt es Rechtserwerb, falls keine Ablehnung erfolgt (§ 285). — S. übrigens auch Baehr a. a. O. S. 368, 370 ff., 480 ff.

aber gegebenen Falles gerade dahin, daß das dem Antragsteller gegebene Gegenversprechen gelten soll als nicht nur ihm sondern zugleich dem Dritten gegeben. Es soll einer Erklärung dem Dritten gegenüber überhaupt nicht bedürfen.

Sind nun derartige Verfügungen von der Rechtsordnung einmal anerkannt, so erledigt sich die Formfrage von selbst. Der Dritte erwirbt das Recht, als wenn die Leistung ihm direkt und zwar gültig versprochen worden wäre, trotzdem es an einem solchen Versprechen überhaupt fehlt. Folglich kann die Frage, ob dieses Versprechen als ein einseitiges der Verschreibungsform bedürfe oder nicht, überhaupt nicht aufgeworfen werden.

Nach diesen Bemerkungen dürfte der § 280, wie folgt, zu fassen sein:

> „Ist in einem Vertrage die Leistung an einen Dritten derartig versprochen, daß der Dritte auch seinerseits die Leistung soll fordern können, oder daß das Versprechen als auch ihm gegeben gelten soll, so bedarf es eines dem Dritten gegebenen Versprechens nicht."
>
> „Ob dieser Fall vorliegt, unter welchen Voraussetzungen das Recht des Dritten entsteht und inwieweit es der Verfügung der Vertragschließenden unterliegt, ist nach den Umständen[75]) sowie nach dem Inhalt und Zweck des Vertrages zu beurtheilen."

2) Die vom Entwurf als Vertrag bezeichnete Schuldübernahme und Bürgschaft sind folgerecht an irgend eine Form in den §§ 357, 706 nicht gebunden. Es wurde

---

75) In dieser Beziehung wird die schriftliche Mittheilung des Vertragsinhalts an den „Dritten" von Wichtigkeit sein. In § 359 ist für den Fall der Uebernahme von Hypotheken seitens des Grundstückskäufers schriftliche Mittheilung an den Gläubiger vorgeschrieben.

indessen schon oben angeführt, daß beide an sich einseitige, eine materielle Rechtfertigung nicht enthaltende Versprechen darstellen, daß sie aber allerdings auch als Vertragsanträge auftreten können, falls nämlich vom Gläubiger eine Gegenleistung gefordert wird. Immerhin erscheint als Hauptcharakter der Schuldübernahme und Bürgschaft, daß sie Versprechen sind, deren wirthschaftliche Rechtfertigung aus ihnen selbst nicht ersichtlich ist, jedenfalls nicht zu sein braucht.

Dies dürfte ein entscheidender Grund sein, die §§ 357 und 706 dahin abzuändern:

daß es zur Gültigkeit der Schuldübernahme (resp. der Bürgschaft) der schriftlichen Form und der Aushändigung der Verschreibung an den Gläubiger bedarf[76]).

Ich bemerke, daß sich für die schriftliche Form der Bürgschaft unter Anderen ausgesprochen haben: Baehr in seinem Gegenentwurf[76a]) und Hartmann in seiner vortreff-

76) Durchaus sachgemäß sind die Vorschriften §§ 202 ff., 399 ff. I 14 Pr. L.R. Danach muß das Uebernahmeversprechen des Bürgen und Expromittenten schriftlich gegeben werden, und wird zur Befreiung des bisherigen Schuldners im Fall der Expromission ausdrückliche Einwilligung des Gläubigers erfordert, wogegen es zum Rechtserwerb aus dem Bürgschaftsversprechen überhaupt keiner Erklärung des Gläubigers bedarf. S. namentlich auch die Bemerkungen von Brunner in den Verhandlungen des 22. Juristentages, Bd. 4 (1893) S. 58, 62 ff. über die Entbehrlichkeit der Unterschrift des sich nicht verpflichtenden Theiles bei den sog. schriftlichen Verträgen; ferner ebenda S. 84 den Abtheilungsbeschluß, dahin lautend: „Es empfiehlt sich, das Erforderniß der schriftlichen Form für Eingehung von Verbindlichkeiten über die im Entwurfe II. Lesung gezogenen Schranken hinaus auszudehnen. Insbesondere erscheint es angemessen, die Bürgschaft, den Kreditauftrag, die Schuldübernahme und die Leibrentenverträge — unbeschadet der Heilung des Formmangels durch Ausführung des Vertrages — an eine schriftliche Form zu binden."

76a) In seiner Schrift „Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund" und zwar in dem der 3. Aufl. (1894) beigefügten Nachtrage, S. 256, be-

lichen Abhandlung über die Grundprinzipien des engl.-amerikanischen Vertragsrechts, Arch. f. civil. Praxis, Bd. 77 S. 234.

Zum Schluß tritt

3) als scheinbare Ausnahme noch das Inhaberpapier insofern auf, als nach § 723 der Aussteller aus der Schuldverschreibung auf den Inhaber auch dann verpflichtet ist, wenn sie in der dort näher angegebenen Weise ohne seinen Willen in den Verkehr gelangt[77]).

Diese Vorschrift darf indessen nicht aufgefaßt werden als gesetzliche Anerkennung der sog. Kreationstheorie, nach welcher die Verbindlichkeit des Ausstellers begründet wird durch die bloße Herstellung der Schrift, also gewissermaßen durch ein schriftliches Selbstgespräch.

Vielmehr ist auch nach dem Entwurf davon auszugehen, daß grundsätzlich das Versprechen des Ausstellers ein schriftliches und gegebenes sein, die Verschreibung also ausgehändigt oder ausgegeben sein muß[78]).

merkt Baehr: „Es ist zehnmal gefährlicher, die Bürgschaft von der Schriftform freizugeben, als den Anerkennungsvertrag."

77) § 723: „Der Aussteller wird aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber auch dann verpflichtet, wenn sie ihm gestohlen oder verloren gegangen, oder sonst ohne seinen Willen in den Verkehr gelangt ist.

Auf die Wirksamkeit einer Schuldverschreibung auf den Inhaber ist es ohne Einfluß, wenn die Urkunde ausgegeben wird, nachdem der Aussteller gestorben oder geschäftsunfähig geworden ist."

Der 2. Absatz, welcher im Entw. I mit den Worten begann: „Die Verpflichtung wird dadurch nicht ausgeschlossen", geht parallel dem § 125 E. II, nach welchem das Zustandekommen eines Vertrages (grundsätzlich) nicht dadurch gehindert wird, daß der Antragende vor der Annahme stirbt oder geschäftsunfähig wird.

Die Mot. II S. 697 rechtfertigen die obigen Bestimmungen lediglich durch Hinweis auf das Verkehrsbedürfniß, mit dem Hinzufügen, es könne dahingestellt bleiben, ob das Prinzip (Unabhängigkeit der Haftung des Ausstellers von der Ausgabe) sich vom theoretischen Standpunkte rechtfertigen lasse.

78) Denn das Papier ist nicht, wie es oft dargestellt wird, Gläu-

Eine Abänderung des Entwurfs I hat in zweiter Lesung nur insofern stattgefunden, als der den Einwand des unredlichen Erwerbs abschneidende § 687 Entw. I gestrichen und statt dessen (in § 685 Entw. I, § 722 Entw. II) der Grundsatz aufgenommen wurde, daß nur dem verfügungsberechtigten Inhaber die Gläubigerrechte zustehen sollen. Dies ist in dem § 722 geschehen durch Einschaltung der Worte:

> Der Inhaber kann die Leistung verlangen, „es sei denn, daß er zur Verfügung über die Urkunde nicht berechtigt ist."

Der sodann folgende § 723 will nur sagen, daß die dort bezeichneten, die Ausgabe der Urkunde betreffenden Umstände dem Inhaber nicht entgegengesetzt werden können, weil dies mit dem Verkehrsbedürfniß unverträglich sein würde; also eine Ausnahmebestimmung analog A. 306, 307 des D.H.G.B.[79]).

Demnächst folgt in § 725 — analog Art. 82 D. W.O. — die Bestimmung, daß der Aussteller dem Inhaber nur solche Einwendungen entgegensetzen kann, welche die Gültigkeit der

---

biger oder Träger der Forderung, sondern es ist Träger der Schuld, des Verpflichtungswillens, d. h. vom Schuldner aus der Hand des legitimirten Inhabers auszulösen. Darüber s. L. Jacobi, sub voce „Wechsel" in Weiske's Rechtslexikon, Bd. 14 (1860) S. 289 ff.

79) Uebereinstimmend § 1045 Sächs. B.G.B. a. 17 und 347, Dresd. Entw. Begründet vom R.O.H.G. Bd. 17 S. 194 aus dem Gesichtspunkte, daß der Aussteller durch die Ausstellung selbst die Gefahr übernimmt, auch ohne Nachweis der Emission nach Inhalt der Urkunde haften zu müssen. S. auch Stobbe, Privatrecht, III S. 206 ff. und Note 11, woselbst Litteratur betr. die in Rede stehende Streitfrage angegeben ist. Stobbe selbst entscheidet sich dafür, daß die Verpflichtung der Aussteller durch einseitiges Versprechen mittelst Fortgabe des Papieres entstehe, ohne Unterschied, ob die Emission durch zweiseitigen Akt (Tradition) oder durch einseitige Handlung erfolgt ist.

Ausstellung betreffen, oder sich aus der Urkunde ergeben, oder dem Aussteller unmittelbar gegen den Inhaber zustehen.

Ueberblickt man diesen Zusammenhang, so wird sich nicht in Abrede stellen lassen, daß der § 723 in seiner jetzigen Fassung (Note 77) allerdings den Anschein erweckt, als hätte dadurch die Kreationstheorie grundsätzlich direkt anerkannt werden sollen.

Dies entspricht aber, wie die Motive außer Zweifel stellen, keineswegs der Absicht der Verfasser. Es dürfte deshalb die Fassung, wie folgt, abzuändern sein.

„Die Verbindlichkeit des Ausstellers einer Schuldverschreibung auf den Inhaber beginnt mit der Ausgabe der das Versprechen enthaltenden Urkunde. Es kann jedoch dem Inhaber nicht entgegengesetzt werden, daß diese Ausgabe erst erfolgt sei, nachdem der Aussteller gestorben oder geschäftsunfähig geworden ist. Ebensowenig kann dem redlichen[80]) Inhaber entgegengesetzt werden, die Urkunde sei dem Aussteller gestohlen oder verloren gegangen, oder sie sei sonst ohne seinen Willen in den Verkehr gelangt."

---

Der Grundgedanke der vorstehenden Abhandlung hat einen gewissen Zusammenhang mit der freilich nicht unbestrittenen Auffassung der historischen Schule, daß das Recht aus dem Volksgeiste hervorwachse[81]), als ein natür-

80) S. hierzu Stobbe, Privatrecht, III S. 207 ff. Brunner, Die Werthpapiere, in Endemann's Handbuch, II S. 175 ff., 207 ff. und die Kommentare zu a. 306 u. 307 D. H.G.B.

81) Ein Hauptgegner ist Ihering, Zweck im Rechte, II (1886) S. 111 ff. und Entwicklungsgeschichte des R. R. (1894) S. 13 ff., wo er die sog. Emanationstheorie als „das Faulkissen der Wissenschaft" bezeichnet. — Mit seiner Vorstellung, daß das Recht nicht unbewußt geworden sondern absichtlich gemacht sei, hängt auch seine Auffassung des Verhält-

liches Produkt desselben, mit derselben inneren Nothwendigkeit wie Sprache und Sitte.

Jener Grundgedanke war der, daß ein Gesetzentwurf, welcher den Vertragsbegriff sprachwidrig verwässert, indem er gleichzeitig das Versprechen für unverbindlich erklärt, in dieser Beziehung als ein naturgemäßes Produkt des deutschen Volksgeistes nicht anzuerkennen und deshalb in dieser Beziehung nicht aufrecht zu erhalten sei.

Bei Gelegenheit eines über den vorliegenden Gegenstand in der juristischen Gesellschaft zu Berlin (im November 1894) gehaltenen Vortrages wurde mir entgegengehalten, die vorgeschlagene Aenderung der Terminologie sei aussichtslos Angesichts der langjährigen Gewöhnung, welche dem bisherigen

---

nisses der Rechtssprache zur Volkssprache zusammen. So legt er z. B. in der Entwicklungsgeschichte S. 88 f. dar, wie in Folge gänzlicher Umgestaltung des Vermögensbegriffs an Stelle des alten „familia pecuniaque“ der Ausdruck „bona“ aufgekommen sei, und fügt hinzu, den Ausdruck „bona“ habe zuerst der Prätor aufgebracht. Der Prätor habe sich nicht etwa dem veränderten Sprachgebrauch des Lebens angeschlossen, um sich verständlich zu machen, sondern umgekehrt. Denn das Leben folge der Sprache des Rechts. Das Recht aber habe seine Sprache verändert, weil es dazu durch die Umwandlung des Vermögensbegriffs genöthigt worden sei. — Da darf man wohl fragen: Wo hat sich diese Veränderung vollzogen, wenn nicht im Volksleben? und wo hat der Prätor den Ausdruck bona hergenommen, wenn nicht aus der Volkssprache? Daß die römischen Prätoren willkürlich dem Leben fremde Ausdrücke aufgestellt hätten, ist um so weniger anzunehmen, als die römischen Juristen sonst vielfach populäre Ausdrücke auch dann noch beibehielten, nachdem sie sich über deren wissenschaftliche Unhaltbarkeit vollkommen klar geworden. Beispiele sind die „partes indivisae“ (Antheilsrechte, L. 5, D. 13, 6 commod.), „pecus cui adpulsus debetur“ (Viehtränke des herrschenden Grundstücks, L. 1 § 18 D. de aqua cott. 43, 20), vor Allem die „res inemta“ (Rücktrittsrecht des Verkäufers, L. 6 § 4 D. 18, 1 de contr. emt. Dazu L. Jacobi in diesen Jahrb., 4 S. 276 ff. Eisele, Arch. f. civil. Praxis, 63 S. 52.

juristischen Sprachgebrauch zur Seite stehe. Jedenfalls sei der Vorschlag für das bürgerliche Gesetzbuch verspätet. — Darauf sei die Erwiderung gestattet, daß es niemals zu spät ist, als schädlich erkannte Gewohnheiten abzulegen, und daß es eine hierzu passendere Gelegenheit als die Kodifikation des bürgerlichen Rechts für das Deutsche Reich schwerlich geben dürfte.

Hat doch der Entwurf sich auch anderswo nicht gescheut, mit althergebrachten Gewohnheiten zu brechen, wie z. B. bei der Frage, ob der Ausdruck „Klageverjährung" mit einem anderen Ausdrucke zu vertauschen sei. Dafür sprach die Erwägung, daß wir uns unter Verjährung eine materielle Rechtsveränderung denken, unter Klage dagegen nicht das Klagerecht, sondern die Prozeßhandlung vorstellen[82], nicht mehr wie die alten Römer eine selbständige, materiellrechtliche Befugniß. — Hier widersprach also das „Juristendeutsch" der modernen Auffassung, nach welcher der Rechtszustand nicht darin besteht, daß man „Klagen" hat, sondern vielmehr aus den Rechten und Rechtsverhältnissen Ansprüche gegen andere Personen entstehen, welche Gegenstand der Verjährung sind, insofern als der verjährte Anspruch gegen den Willen des Verpflichteten vor Gericht nicht durchgesetzt werden kann[83].

Der Entw. hat sich für die Bezeichnung „Anspruch" als Gegenstand der Verjährung entschieden, doch nicht etwa — wie allerdings behauptet worden ist[84]) — „um von der römischen actio zu retten, was sich noch irgend retten ließ",

82) Nämlich: Klagehandlung, Klaggeschäft oder Klagevortrag. S. Planck, Lehrb. des deutschen Civilprivatrechts, II S. 2 f.

83) S. Regelsberger, Pand. I S. 656.

84) Gierke, Der Entw. eines bürgerl. Gesetzbuches 1889 S. 110 und 174.

auch nicht bloß weil Windscheid die „Anspruchsverjährung" als gemeines Pandektenrecht vorgetragen hat. Sondern man hat den Ausdruck „Anspruch" für denjenigen gehalten, welcher den Gegenstand der Verjährung sprachlich und sachlich am anschaulichsten und gemeinverständlichsten bezeichnet[85]). Namentlich soll durch den gewählten Ausdruck von vornherein klargestellt werden, daß die Verjährung sich gegen die Berechtigung selbst richte, nicht bloß gegen die prozessualische Zuständigkeit der gerichtlichen Verfolgung[86]).

Dabei darf nicht übersehen werden, daß der Ausdruck „Forderung" dem Sprachgebrauche nach sich auf Schuldverhältnisse beschränkt, überdies aber „Forderungsverjährung" und „Klagerechtsverjährung" ganz ungebräuchliche Worte sind. Die von anderer Seite gewünschte „Rechtsverjährung"[87]) empfiehlt sich deshalb nicht, weil die den Gegensatz der Forderungen bildenden absoluten und dinglichen Rechte theils durch Zeitablauf überhaupt nicht beseitigt werden, theils zwar durch „Nichtgebrauch" oder „Freiheitsersitzung" erlöschen, nicht aber der hier in Rede stehenden Verjährung unterliegen[88]).

---

85) Wie über alles Andere, so kann man freilich auch über die Gemeinverständlichkeit verschiedener Ansicht sein. So behauptet ein berühmter Germanist: „Unser deutsches Rechtsbewußtsein weiß zwar etwas von „Rechten" und von „Klagen"; was aber sich als „Anspruch" dazwischen schieben soll, wird uns stets ein fremdartiges und nebelhaftes Gebilde bleiben." — Wir halten diese Empfindung für rein subjektiv. Sagt A. zu B.: „Ich will endlich mein Geld wieder haben" oder „Ersuche Sie höflichst um Rücksendung der entliehenen Bücher", oder „Unterstehen Sie sich nicht, nochmals über meine Wiese zu fahren!", so weiß Jedermann, daß hier Ansprüche geltend gemacht werden.

86) Entw. I §§ 154 ff., Entw. II §§ 161 ff., Mot. I S. 289 f.

87) S. z. B. Meyer in den Gutachten aus dem Anwaltstande S. 949.

88) Darüber ausführlich Mot. I S. 291 ff. Im Uebrigen namentl. Fischer in Bekker's und Fischer's Beiträgen Heft 6 S. 64 ff., 117 f.

Mag übrigens der Entw. in der Verjährungslehre überall das Richtige getroffen haben oder nicht, jedenfalls hat er — worauf es uns hier allein ankommt — durch Aufgabe der „Klageverjährung" das Prinzip anerkannt, daß bei Herstellung eines bürgerlichen Gesetzbuches der Anschluß an die Anschauungen der Gegenwart und an den Sprachgebrauch des täglichen Lebens — behufs Herstellung möglichster Gemeinverständlichkeit — ein so wichtiges Ziel ist, daß der Erreichung desselben historische Reminiscenzen unbedenklich zum Opfer gebracht werden dürfen.

In der Vorrede eines mir soeben erst zugegangenen, eine scharfe Kritik des Entwurfs II enthaltenden Buches[89]) stoße ich auf folgende Worte:

> „Es handelt sich nicht um den thatsächlichen Erfolg des Kampfes — wenn in diesem Falle von einem Kampfe überhaupt geredet werden kann —, sondern um die Erfüllung eines wissenschaftlichen und ethischen Pflichtgebots".

Dies mag als Schlußwort gelten auch für die vorstehende Abhandlung[90]).

89) Petrazycki, Die Lehre vom Einkommen, II (1895) S. VI.

90) Im Eingange dieser Abhandlung ist S. 2 (ohne weitere Motivirung) gesagt, die uns durch politische und wirthschaftliche Verhältnisse aufgenöthigte Aufgabe der Schaffung eines bürgerlichen Gesetzbuchs sei wissenschaftlich wenig vorbereitet gewesen. Damit sollte in erster Linie hingedeutet sein auf zwei Vorbereitungsmängel, nämlich a) die ungenügende Kenntniß der Naturgesetze der Rechtsentwicklung — in dem jetzt von Neukamp, Entwicklungsgeschichte des Rechts, I (1895) S. 4 ff., 111 ff. erläuterten Sinne; und b) den Mangel einer Grammatik der deutschen Rechtssprache. — S. übrigens auch Petrazycki a. a. O. S. V f. und 565 ff.

II.

# De in rem verso.

Von Prof Dr. **Schloßmann** in Kiel.

In seiner jüngst erschienenen Abhandlung: Actio de in rem verso (Freiburg und Leipzig 1895) hat v. Tuhr die Ansicht vertheidigt, daß mittelst der actio de in rem verso der Kläger stets den Liberationsanspruch, welcher dem Gewaltunterworfenen gegen den Gewalthaber wegen eines für diesen mit einem Dritten geschlossenen Geschäftes zusteht, zu eigenem Nutzen geltend mache. Folgeweise nimmt er an, daß, wenn der Sklave das Geschäft mit dem Dritten nicht im Interesse des Herrn sondern für sich geschlossen habe, die hinterher erfolgende Verwendung der von dem Dritten erlangten Gegenstände zu Gunsten des Herrn dem Dritten die actio de in rem verso nicht verschaffe; und die Quellenstellen, welche die Verwendung von Pekuliargegenständen als Grundlage einer a° de in rem verso gelten lassen, sucht er mit seiner Auffassung in der Weise zu vereinigen, daß er dem für das peculium kontrahirenden Sklaven die Absicht, das für das peculium Erlangte demnächst dem Herrn zuzuführen, als schon bei Abschluß des Geschäftes mit dem Dritten vorhandene unterlegt und so das Wollen und Handeln des Sklaven dem Wollen und Handeln eines stillen Stellvertreters parallel stellt.

Ohne in eine eingehende Kritik dieser Theorie von Tuhr eintreten zu wollen, möchte ich an diesem Orte nur einige der von ihm zum Beweise seiner Theorie angezogenen Stellen, deren Auslegung auch sonst zu Zweifeln Veranlassung gegeben hat, einer nochmaligen Prüfung unterziehen, um zu zeigen, daß diese Theorie in ihnen in Wahrheit eine Stütze nicht findet, durch einige derselben sogar widerlegt wird.

I.

Ulpian. lib. XXIX ad edictum l. 3 § 1 de in rem verso (15, 3).

**In rem autem versum videtur, sive id ipsum quod servus accepit in rem domini convertit (veluti si triticum acceperit et id ipsum in familiam domini cibariorum nomine consumpserit), aut si pecuniam a creditore acceptam dominico creditori solverit, (sed etsi erravit . .), sive cum servus domini negotii gerendi administrandive causa quid gessit (veluti si mutuatus sit pecuniam ut frumentum compararet ad familiam alendam vel si ad vestiendam) sive peculiariter mutuatus postea in rem domini vertit: hoc enim iure utimur, ut etiamsi prius in peculium vertit pecuniam, mox in rem domini, esse de in rem verso actio possit.**

Dafür, daß der Sklave in dem Falle, wo er peculiariter mutuatus est, das Darlehn von vornherein in der Absicht aufgenommen habe, das Geld für den Herrn zu verwenden, findet sich in der Stelle keinerlei Andeutung. Das würde nun für sich allein einen Grund gegen Tuhr's Unterstellung nicht bilden, wenn seine Theorie, auch abgesehen von dieser Stelle, sichergestellt wäre. Aber der Wortlaut unserer Stelle spricht m. E. geradezu gegen seine Theorie.

Es kann hier völlig dahingestellt bleiben, ob die Unmittelbarkeit oder Mittelbarkeit der Wirkung des Geschäftes, welches jemand in fremdem Interesse schließt, lediglich von der Willensrichtung des Handelnden abhänge, und ob ferner, falls dies für den freien Stellvertreter zutreffen sollte, die Annahme analoger Verhältnisse bei dem Sklaven nicht durch den Umstand, ausgeschlossen wäre, daß der Sklave ja — gleichviel ob er für das patrimonium oder für das peculium erwerben will — das Eigenthum doch stets dem Herrn erwirbt. Aber angenommen auch, eine solche indirekte Stellvertretung, wie Tuhr sie in der Stelle finden will, wäre bei einem Sklaven überhaupt möglich, so könnte sie in unserer Stelle doch sicherlich nicht in Frage kommen. Denn auch der sog. mittelbare Stellvertreter handelt doch im Interesse des Herrn, „für" den Herrn; auch er führt ein Geschäft des Herrn; nur das technische Mittel zur Ausführung seiner Absicht ist verschieden von dem des sog. direkten Stellvertreters. Wenn daher in unserer Stelle das „gerere domini negotia gerendi administrandive causa" dem „peculiariter mutuari" entgegengesetzt wird, so ist, auch wenn wir von der Bedeutung, welche dem „peculiariter" sonst in den Quellen zukommt[1]), absehen, ganz unzweifelhaft, daß „peculariter" mutuari nichts anderes bedeuten kann als Aufnehmen eines Darlehns für das peculium d. h. für die eigenen Zwecke des Sklaven im Gegensatze zu denjenigen des Herrn. Zum Ueberfluß ist das domini negotii gerendi causa aufgenommene Darlehn noch ausdrücklich durch Hinzufügung des den Herrn betreffenden Zweckes (ut frumentum compararet etc.) charakterisirt, zu welchem in der disjunktiven Gegenüberstellung das peculiariter mutuari eben nur ein im eigenen Interesse des Sklaven aufgenommenes Darlehn bezeichnen kann.

---

1) Vgl. Mandry, Das gem. Familiengüterrecht, II S. 116 ff.

Hiernach aber ist die Stelle mit der Theorie von Tuhr nicht nur nicht vereinbar sondern in vollem Widerstreit, und wir dürfen uns angesichts des klaren Wortlautes dem Zugeständniß nicht entziehen, daß, auch wenn der Sklave die für eigene Rechnung erworbenen Gegenstände infolge eines später gefaßten Entschlusses für den Herrn verwendet, die actio de in rem verso begründet sei, also ein Liberationsanspruch des Sklaven aus dem mit dem Dritten geschlossenen Geschäft zu den nothwendigen Voraussetzungen dieser actio nicht gehöre.

In keinem anderen Sinne kann dann auch l. 5 § 3 h. t. (Ulpian. eod.) verstanden werden:

Placet non solum eam pecuniam in rem verti, quae statim a creditore ad dominum pervenerit, sed et quae prius fuerit in peculio.

Auch hier ist mit keinem Worte gesagt, daß das dem Herrn zugewendete Geld von einem animo domini negotii gerendi aufgenommenen Darlehn herrühren müsse. Auch hier beruht vielmehr die Annahme, daß sich Ulpian's Worte „rem domini gerere" [2]) [3]) auf eine einen Liberationsanspruch begründende

2) Hoc autem totiens verum est, quotiens servus rem domini gerens locupletiorem eum fecit nummis peculiaribus. alioquin si servo peculium dominus adimat vel si vendat eum cum peculio vel rem eius peculiarem, et pretium exigat, non videtur in rem versum.

3) Die Worte „servus rem domini gerens" pflegen auf eine in der einzelnen in Rede stehenden Handlung des Sklaven sich darstellenden negotiorum gestio bezogen zu werden. In Betreff dieses Ausdruckes halte ich Folgendes, wenn es auch für die Auslegung der Stelle in der Hauptsache nicht von Einfluß zu sein scheint, für erwähnenswerth. Unter einem „servus rem domini gerens" ist m. E. ein Sklave zu verstehen, welcher das Vermögen seines Herrn verwaltet, und der Ausdruck rem gerens alicuius gleichbedeutend mit rem agens alicuius, also wie dieser substantivisch zu verstehen im Sinne von Vermögensverwalter (vgl. l. 20 de inst. a. 14, 3, l. 126 § 2 de V. O. 45, 1, c. 7. § 3 (1) quod cum eo 4, 26 und meine Abh. in Ihering's Jahrb. Bd. XXVIII S. 332 Anmerk. 34. Dafür spricht, daß die Bas. XVIII 7, 6 (suppl. p. 244) den Ausdruck

Geschäftsführung beziehen, wiederum auf der vorgefaßten Meinung, die actio de in rem verso könne nur auf einer solchen, also nur einer in einem Kontrahiren mit Dritten sich darstellenden gestio beruhen. Die alsdann folgende Gegenüberstellung von rem domini gerere und adimere peculium etc. hat aber gerade darin ihren Grund, daß im Falle der Ademtion des ganzen peculium, des Verkaufes des Sklaven mit dem peculium und in dem eine partielle Ademtion des peculium darstellenden Verkauf einer zu ihm gehörigen Sache unter Einziehung des Kaufpreises zwar eine Bereicherung des Herrn, und zwar — wenn das peculium solche Sachen enthält oder die verkaufte Sache eine solche war, für die dem Dritten die Gegenleistung vom Sklaven noch geschuldet war — eine Bereicherung auf Kosten des Dritten, aber doch keine gestio des Sklaven, wie sie nach der von Ulpian in l. 3 § 2 h. t. angeführten regula iuris[4]) erheischt wurde, vorlag.

Also nicht weil keine einen Liberationsanspruch begründende gestio, sondern weil überhaupt keine gestio in dem Falle der Ademtion 2c. enthalten ist, schließt Ulpian hier die actio de in rem verso aus.

---

übersetzen: διοικῶν ὁ δοῦλος τὰ τοῦ δεσπότου, übereinstimmend mit der Uebersetzung zu c. 7 § 8 cit. (Bas. XVIII 2, 19) ἐλευθέρῳ τινὶ διοικοῦντι πράγματά τινος.

4) Et regulariter dicimus, totiens de in rem verso esse actionem, quibus casibus procurator mandati vel qui negotia gessit negotiorum gestorum haberet actionem quotiensque aliquid consumpsit servus, ut aut meliorem rem dominus haberet, aut non deteriorem. — Mit den Worten regulariter dicimus weist Ulpian auf eine hergebrachte regula iuris hin (vgl. über die Rechtsregeln der römischen Juristen besonders Jörs, Römische Rechtswissenschaft, I S. 288 ff., insbes. 290 Anm. 3). In dieser Bedeutung kommt „regulariter" öfter vor. So in l. 8 de h. p. 5, 3: regulariter definiendum est. l. 71 § 1 de leg. I et regulariter dicendum est, quotiens etc. l. 25 § 5 de usufr. 7, 1, regulariter definit. c. 14 § 1 de fideicomm. 6, 42 quod regulariter traditur.

Dieser Grund ist es auch, der in l. 7 pr., der Fortsetzung von l. 5, gegen die actio de in rem verso spricht, wenn der Sklave eine Pekuliarsache, für welche er die Gegenleistung dem Dritten schuldig geblieben ist, dem Herrn geschenkt hat, und in l. 10 § 2 h. t., wenn er in Schenkungsabsicht bei einem Dritten für den Herrn intervenirt ist. Denn Führung fremder Geschäfte ohne die Absicht, sich den Aufwand von dem Interessenten erstatten zu lassen, ist überhaupt nicht negotiorum gestio im juristischen Sinne.

Wenn nun auch jede Art von negotiorum gestio, durch welche der Sklave von einem Dritten erlangte Werthe zum Vortheil des Herrn verwendet, also auch die Verwendung von zunächst für das peculium erworbenen Werthen die actio de in rem verso begründen kann[5]), so wird doch ohne Zweifel nicht die Verwendung der von dem Dritten herrührenden Gegenstände in natura erfordert, sondern für genügend erachtet werden dürfen, wenn ein an die Stelle desselben getretenes Surrogat in das Vermögen des Herrn gebracht ist. — Hier wird aber unter Umständen der Beweis, daß gerade der von dem Dritten in das peculium übergegangene Werth derselbe sei, der alsdann in das patrimonium gebracht wurde, Schwierigkeiten bereiten.

Jeder Zweifel freilich ist ausgeschlossen, wenn gerade dieselbe species, die der Sklave von dem Dritten erlangt hat, später in das patrimonium übergeführt ist. Aber wie, wenn der Sklave Geld oder andere vertretbare Sachen mit eigenen Sachen derselben Gattung vermischt und von dem Gesammt-

5) Das „possit“ in l. 3 § 1 mit Tuhr dahin zu verstehen, daß es die Zulässigkeit der actio de in rem verso nur unter den von ihm bezeichneten Voraussetzungen andeuten solle, halte ich für willkürlich. Es kann ebensogut damit angedeutet sein, daß nur für den Fall eines utiliter gestum die actio stattfinde.

vorrath einen Theil dem Herrn zugeführt hat, oder wenn er die species veräußert und dann eine dem Erlöse entsprechende Geldsumme oder für einen der von dem Dritten erlangten Geldsumme gleichkommenden Betrag eine Sache angeschafft und diese für den Herrn verwendet hat?

Die Identität wird hier überall als erwiesen zu erachten sein, wenn der Sklave zur Zeit des Erwerbes für das peculium keinerlei Aktivum in demselben hatte und auch bis zu dem Zeitpunkt der Verwendung für das patrimonium andere Aktiva als solche, die unmittelbar oder mittelbar mittelst jener Sache erworben waren, nicht erlangt hat. Sie wird ferner für festgestellt zu erachten sein, wenn nachweisbar gerade die von dem Dritten erlangten Gelder oder sonstigen Sachen das Aequivalent für die demnächst für den Herrn verwendeten Sachen gebildet haben — wofür der Beweis in der Regel nur möglich sein wird, wenn für die von dem Dritten erworbenen Werthe eine von dem übrigen peculium abgesonderte Verwaltung und Rechnung eingerichtet worden ist[6]).

Sind dagegen die von dem Dritten herrührenden Sachen ununterscheidbar in dem peculium aufgegangen, dann kann, wenn nicht von vornherein schon bei ihrer Erlangung der animus domini negotia gerendi obwaltete, von einer versio in rem nicht die Rede sein. Hat der Sklave sich für eigene Zwecke 1000 geliehen und später, wenn auch nach Aufgabe seiner ursprünglichen Verwendungsabsicht, 1000 aus dem peculium für den Herrn verwendet, so läßt sich nicht ohne weiteres behaupten, daß diese verwendeten 1000 das Surrogat

6) Wenn z. B. ein aufgenommenes Kapital hypothekarisch angelegt worden ist, dann werden die erworbenen nomina sowie die im Laufe der Verwaltung auf diese eingegangenen und abgesondert aufbewahrten Gelder sowie die mit denselben neu erworbenen nomina als Surrogate des ursprünglichen Kapitals anzusehen sein.

jener ersteren und also ein mittelbar aus dem Vermögen des Verleihers herrührendes versum darstellen.

Diese Betrachtung wird für die Interpretation einer später zu erörternden Stelle (l. 7 § 4 h. t.) zu verwerthen sein.

## II.

Ulpian. lib. XXIX ad edictum, l. 7 § 1 de in rem verso 15, 3.

Plane si mutuum servus acceperit et donandi animo solvit, dum non vult eum debitorem facere peculiarem, de in rem verso actio est.

Diese Stelle steht scheinbar in Widerspruch mit dem principium dieses Fragments:

Et ideo et si donaverit servus domino rem peculiarem, actio de in rem verso cessabit,

und man hat in verschiedener, mitunter gewaltsamer Weise die beiden Aussprüche Ulpian's zu vereinigen gesucht[7]).

Fast allgemein verworfen hat man mit Recht das von Windscheid vorgeschlagene verzweifelte Auskunftsmittel, statt actio est in § 1 zu lesen: actio cessat.

Aber auch die von Tuhr im Anschluß an Ruhstrat und Dernburg aufgestellte Annahme, der Sklave habe das animo negotia gerendi für den Herrn aufgenommene Darlehn unter Aenderung seiner ursprünglichen Absicht demnächst animo donandi in die Kasse des Herrn eingezahlt, wird dem Wortlaut der Stelle m. E. nicht gerecht. Denn „solvere pecuniam" bedeutet niemals schlechtweg Geld zahlen, Geld hingeben, einzahlen, sondern stets nur Zahlen zum Zwecke der Tilgung einer Schuld, und da an eine Schuld des Sklaven an den Herrn hier nicht gedacht werden kann, so muß man m. E.

7) Vergl. über die verschiedenen Versuche v. Tuhr a. a. O. S. 198 ff.

mit Brinz[8]) das solvere auf Bezahlung einer Schuld des Herrn an einen Dritten beziehen. Freilich aber ist die Behauptung von Brinz, daß die, wenn auch in Schenkungsabsicht geleistete Zahlung auf eine fremde Schuld ein die a° de in rem verso begründendes negotium alienum darstelle, unrichtig; denn animus donandi und animus negotia gerendi schließen sich gegenseitig aus, und der Widerstreit der beiden Stellen wird auf diese Weise nicht gelöst.

Dagegen dürfte folgende Auffassung dem wahren Sinn von § 1 entsprechen. Der Sklave hat ein Darlehn für den Herrn aufgenommen, und zwar um eine Schuld desselben zu tilgen. Er verwendet auch das Geld oder eine andere gleich hohe Summe zu diesem Zwecke, aber in der Absicht, den verauslagten Betrag sich von dem Herrn nicht zurückerstatten zu lassen, ihn also zu beschenken.

Die Aufnahme des Darlehns zum Zwecke der Bezahlung einer Schuld des Herrn war nun für sich allein schon eine versio in rem domini, welche die Versionsklage begründete. Wenn aber auch die Gestionsabsicht des Sklaven von vornherein darauf ging, nicht bloß durch ein aufgenommenes Darlehn dem Herrn die Mittel zur Zahlung zu verschaffen, sondern diese auch selbst zu leisten, so war er doch zur Bewirkung einer Zahlung mit befreiender Wirkung rechtlich gar nicht in der Lage, wenn er nicht etwa eine besondere Ermächtigung dazu oder libera administratio vom Herrn erhalten hatte, — was beides nicht zu vermuthen ist[9]). Denn ohne solche besondere oder allgemeine Ermächtigung kann ein Sklave weder aus dem peculium noch aus dem patrimonium etwas veräußern[10]).

---

8) Pand. II § 259 Anm. 19.

9) Für eine Vermuthung der libera administratio hat sich Tuhr gelegentlich ausgesprochen, jedoch ohne nähere Begründung.

10) Vgl. Mandry a. a. O., II S. 86 ff.

Aus diesem Grunde war aber die von dem Sklaven geleistete Zahlung ungültig, die Geldstücke sind nicht in das Eigenthum des Gläubigers gelangt und der Vindikation seitens des Herrn unterworfen. Die von dem Sklaven beabsichtigte Schenkung war daher nicht zum Vollzuge gelangt, und es behielt bei der einmal durch die Aufnahme des Darlehns begründeten actio de in rem verso sein Bewenden.

Die vorstehende Auslegung mag vielleicht auf den ersten Blick gesucht erscheinen. Sie wird aber vielleicht Zustimmung finden, wenn sich zeigen sollte, daß in der unmittelbar folgenden Erörterung Ulpian's in § 2 die gleichen Erwägungen, die in § 1 gleichsam aus dem Verborgenen wirken, die Entscheidung offen begründen.

## III.

Ulpian. eod. l. 7 § 2 eod.

**Illud verum non est, quod Mela scribit, si servo meo argentum dederis, ut pocula tibi faceret ex quolibet argento, mox factis poculis servus decesserit, esse tibi adversus me de in rem verso actionem, quoniam possum pocula vindicare.**

Der Fall, den Mela besprochen hatte, war folgender:

Es hat Jemand einem Sklaven einen Silberbarren übergeben und ihm die Anfertigung von Trinkgefäßen aufgetragen, dabei aber erklärt, daß er zur Herstellung derselben auch anderes Silber (von gleicher Feinheit und gleichem Gewicht) verwenden dürfe. Der Sklave hat die Bestellung ausgeführt, die Becher auch dem Besteller abgeliefert und ist darauf gestorben.

Nach Ansicht des Mela soll hier die actio de in rem verso gegen den Herrn begründet sein. Ulpian erklärt diese Ansicht für falsch.

Für das Verständniß der Stelle ist es zunächst erforderlich, das Verhältniß des Satzes „quoniam possum pocula vindicare“ zu dem Vorangehenden festzustellen.

Man könnte daran denken, diesen Satz dem Ulpian zuzuschreiben und in ihm die Begründung für die Zurückweisung der Ansicht des Mela zu sehen. Dafür würden zwei äußere Momente sprechen: das eine ist die naheliegende Erwartung, von Ulpian einen Grund für seine gegentheilige Ansicht zu hören; das andere ist der Indikativ „possum“, der nur auf den Satz „illud verum non est“ bezogen grammatisch zu rechtfertigen ist. Dagegen aber spricht, daß in der Möglichkeit der Vindikation der Becher nicht ein Grund gegen sondern eher für die Ansicht des Mela gefunden werden kann. Wir werden daher in dem Satze: „quoniam possum pocula vindicare“ einen Bestandtheil des Citats aus Mela zu sehen haben, in welchem dieser Jurist den Grund für die Zuständigkeit der actio de in rem verso angiebt. Hiergegen spricht nicht mit Nothwendigkeit der Indikativ „possum“; denn das zu erwartende „possem“, welches Mela geschrieben haben wird, kann leicht, sei es infolge eines Abschreiberversehens, sei es infolge absichtlicher Aenderung seitens der Kompilatoren [11]) in „possum“ verwandelt worden sein. Entschieden dafür aber sprechen einmal die Basiliken [12]), welche offenbar die Möglichkeit der Vindikation der Becher als den von den Vertheidigern der verworfenen Meinung geltend gemachten Grund hinstellen:

*Ἐὰν ἀργύριον τῷ δούλῳ μου ἐπὶ τῷ ποιῆσαί σοι ἐξ οἱουδήποτε ἀργύρου ποτήρια, καὶ ποιήσας αὐτὰ τελευτήσει, οὐκ ἐπειδὴ δύναμαι αὐτὰ διεκδικεῖν, ἔχεις κατὰ μοῦ τὴν περὶ τῆς δαπάνης ἀγωγήν.*

11) Vgl. über Veränderungen der Modi durch die Kompilatoren Kalb, Das Juristenlatein, S. 66 ff.

12) XVIII, 7, 7 (suppl. p. 245).

Ganz besonders aber fällt für diese Auffassung ins Gewicht, daß nur sie ein Verständniß der ganzen Stelle ermöglicht.

Das dem Sklaven zur Verarbeitung übergebene Silber ist in das peculium übergegangen und Eigenthum des Herrn geworden und zwar infolge der ausdrücklichen Abrede, daß der Sklave beliebiges Silber zur Anfertigung der Becher verwenden dürfe [13]). Dagegen hat der Sklave durch die Uebergabe [14]) der von ihm — gleichviel ob aus dem erhaltenen oder anderem Silber — gefertigten Becher den Besteller nicht zum Eigenthümer gemacht — aus dem oben (S. 86) angeführten Grunde, weil der Sklave ohne besondere oder allgemeine Ermächtigung (libera administratio) nichts aus dem peculium veräußern kann.

Der Herr ist demnach um das dem Sklaven übergebene Silber, welches in das peculium gelangt ist, bereichert.

Daß Mela schon wegen dieser auf den bloßen Eintritt in das peculium bewirkten Vermehrung des Vermögens des Herrn eine versio in rem angenommen hätte (im Gegensatz zu der apodiktischen Bemerkung des Tryphoninus in l. 6 h. t. [15]), ist aus der Stelle nicht zu entnehmen. Denn Mela spricht von einem Falle, wo der Sklave nach der Uebergabe der gefertigten Becher gestorben ist, und es darf nicht ohne weiteres angenommen werden, daß er dieses Thatbestands-

13) Vgl. hierzu l. 22 § 7 mand. 17, 1 und meine Abhandlung in Goldschmidt's Zeitschr. f. H.R., Bd. XLIII. Ob, wie Tuhr meint, zur Zeit Ulpian's auch ohne solche Abrede der Eigenthumsübergang von zur Verarbeitung hingegebenem vertretbarem Material sich vollzieht, darüber vgl. Niemeyer, Depositum irregulare, S. 23 f.

14) Daß er die Becher dem Besteller abgeliefert hat, ist aus der Erwähnung der Vindikation des Herrn zu schließen.

15) lib. I disputt.: Nam si hoc verum esset, etiam antequam venderet rem peculiarem, de in rem verso teneretur, quia hoc ipso, quod servus rem in peculio haberet, locupletior fieret, quod aperte falsum est.

moment nur nebenher und ganz zwecklos erwähnt habe. In der That scheint es gerade für die Entscheidung erheblich ins Gewicht zu fallen. Nach dem Tode des Sklaven ist das peculium an den Herrn zurückgefallen, und mit diesem ist auch das Silber unmittelbar in sein patrimonium gelangt, nachdem es ihm vorher nur mittelbar als Bestandtheil des peculium angehört hatte. Gegenüber einer solchen effektiven Einverleibung des Silbers in das Vermögen des Herrn mochte es dem Mela billig erscheinen, dem Dritten eine actio auf Herausgabe des ganzen Gewinnes zu geben, statt ihn auf die actio de peculio annalis zu verweisen und zu einem Wettlauf mit den anderen Pekuliargläubigern zu nöthigen; und als das geeignetste Mittel, ihm zu helfen, erschien ihm hier die actio de in rem verso.

Der Grund, warum Ulpian diese Ansicht verwarf, lag gewiß in dem Mangel einer gestio des Sklaven für den Herrn. Auch ich bin geneigt, diese Meinungsverschiedenheit aus dem Gange der historischen Entwicklung, aber nicht, wie Tuhr[16]), des peculium sondern des Rechts der actio de in rem verso zu erklären. Die von Ulpian l. 3 § 2 h. t. mitgetheilte regula iuris[17]) ist sicher erst geraume Zeit nach Einführung der Versionsklage entstanden, und bis zu ihrer Formulirung und Befestigung wird die Praxis lange geschwankt haben. In eine Periode des Schwankens hinsichtlich der Voraussetzungen der actio de in rem verso werden wir den Ausspruch des Mela zu verweisen haben.

Wie schon oben (S. 85) angedeutet, wirft diese Stelle auch ein Licht auf § 1. Wenn in § 2 die Bereicherung des Herrn gerade darauf mit beruht, daß eine von dem Sklaven

16) a. a. O. S. 262 ff.

17) Vgl. oben S. 82 Anm. 4.

vorgenommene Veräußerung sich als ungültig erweist und der Herr die veräußerten Gegenstände vindiziren kann, so spricht dies gewiß für die Richtigkeit einer Auffassung des § 1, welche hier aus inneren Gründen dieselbe Gestaltung der juristischen Sachlage annimmt, und zwar um so mehr, wenn, wie in § IV dargethan werden wird, auch die im § 4 enthaltenen Sätze die gleiche Struktur aufweisen.

## IV.

Ulpian. eod. l. 7 § 4 eod.

Idem (Labeo) ait, et si hereditatem a servo tuo emero, quae ad te pertinebat, et creditoribus pecuniam solvero, deinde hanc hereditatem abstuleris mihi, ex empto actione me id ipsum consecuturum: videri enim in rem tuam versum: nam et si hereditatem a servo emero, ut quod mihi ab ipso servo debebatur compensarem, licet nihil solvi, tamen consequi me ex empto quod ad dominum pervenit. ego autem non puto de in rem verso esse actionem emptori, nisi hoc animo gesserit servus, ut in rem verteret.

Dieser Stelle ist, wie vorab hier bemerkt sein möge, mit § 1 und 2 das Moment gemeinsam, daß auch hier wie in jenen der Herr die vom Sklaven aus dem Vermögen des Herrn — dahingestellt, ob aus dem peculium oder unmittelbar aus dem patrimonium — veräußerten Vermögensgegenstände von dem dritten Erwerber vindiziert, und daß hierdurch eine Bereicherung des Herrn ausgelöst wird.

Für das Verständniß der Stelle ist es von Wichtigkeit, den Bau derselben genau ins Auge zu fassen.

Ulpian beginnt mit der Anführung einer Erörterung des Labeo, welche gerade in diesem Zusammenhange zu er-

wähnen er vermuthlich durch jenes ihr mit § 1 und 2 gemeinschaftliche Moment veranlaßt worden ist. Der von Labeo erörterte Fall aber ist folgender:

Ein Sklave hat eine dem Herrn angefallene Erbschaft verkauft und zwar so, daß der Preis durch die von dem Käufer zu bewirkende Tilgung der Erbschaftsschulden dargestellt werden sollte. Wenn nun der Herr dem Käufer die Erbschaft evinzirt, dann kann, sagt Labeo, der Käufer den zur Bezahlung der Erbschaftsschulden aufgewendeten Betrag mittelst der actio emti von dem Herrn einfordern. Dieser Betrag, so bemerkt er dabei erläuternd, ist nämlich ein in rem domini versum.

Zur Unterstützung dieser Entscheidung zieht Labeo die Analogie eines anderen Falles heran: auch dann, wenn bei dem Verkauf einer Erbschaft durch den Sklaven der Erlaß der dem Käufer gegenüber dem Sklaven zustehenden Forderungen den vereinbarten Preis darstellt, könne im Falle der Eviktion die dem Herrn zugeflossene Bereicherung mit der actio emti abgefordert werden.

Wie Tuhr[18]) richtig erkannt hat, bildet für Labeo das tertium comparationis zwischen beiden Fällen die Beschaffenheit des Kaufpreises. Es ist kein pretium pecuniarium vereinbart[19]); trotzdem, und „licet nihil solvi" d. h. obwohl ich im zweiten Fall keinen Heller baaren Geldes zu bezahlen hatte (im ersten Falle ist Geld wenigstens an die Erbschaftsgläubiger gezahlt worden) ist doch die actio emti zu gewähren.

18) a. a. O. S. 271 Anm. 25.

19) Das Geschäft ist m. E. so zu verstehen, daß nicht etwa zunächst ein Geldpreis vereinbart und alsdann gegen die Preisforderung eine Schuld des Sklaven kompensirt worden wäre, sondern so, daß von vornherein der Erlaß der Schuld als das Aequivalent für die Erbschaft vereinbart worden ist. Die Verschiedenheit beider Auffassungen — namentlich für den Fall des Nichtbestehens der irrthümlich oder auch wissentlich als bestehend angenommenen Schuld des Sklaven — liegt auf der Hand.

Betrachten wir diese Bemerkungen des Labeo zunächst für sich, so ist offenbar, daß es dem Juristen hier nicht sowohl auf die Feststellung der Voraussetzungen der actio de in rem verso, als vielmehr darauf ankommt, die nähere sonstige Beschaffenheit der im vorliegenden Falle zu gewährenden actio anzugeben. Denn die adjektizischen Klagen sind ja bekanntlich nichts anderes als die aus dem Geschäft des Gewaltunterworfenen folgenden, nur noch durch den Hinweis auf das ihre Richtung gegen den Herrn rechtfertigende Moment oder durch eine eigenartige Kondemnation qualifizirten Geschäftsklagen [20]), und für die Bestimmung der Zuständigkeit einer bestimmten actio für den konkreten Fall ist stets die Feststellung eines Doppelten erforderlich: der Art des Geschäftes und des die Richtung der actio gegen den Herrn begründenden Verhältnisses.

Labeo betont nun, wie wir sahen, in erster Linie nur das erstere Moment; es kommt ihm nur darauf an, die Zuständigkeit der actio emti darzuthun. Daß sie als actio de in rem verso hier in Anwendung trete, das erwähnt er nur nebenbei. In dem ersten der beiden Fälle ist dies ja auch völlig selbstverständlich; denn der vom Sklaven vorgenommene Verkauf, auf Grund dessen der Dritte die Erbschaftsschulden bezahlt hat, ist sicher, wenigstens in Ansehung dieses, ein objektives negotium domini. — Im zweiten Falle sagt Labeo nur, die actio emti richte sich hier auf das, was in das Vermögen des Herrn gelangt, aber ohne auch nur anzudeuten, wie man sich hier den Eintritt einer versio in rem domini zu denken habe. Der Sinn seiner Rede ist hier also nur: soweit in diesem Falle eine versio stattfindet, ist das versum mit der actio emti einzuklagen.

20) Vgl. meine Abh. in Ihering's Jahrb., B. XXVIII S. 322 ff.

Wenn nun Ulpian hinzufügt, nach seiner Meinung könne eine actio de in rem verso in dem zweiten Falle nur Platz greifen, wenn der Sklave hoc animo gesserit, ut in rem domini verteret, so kann hieraus nicht, wie Tuhr annimmt, ein Widerspruch Ulpian's gegen die Meinung des Labeo gefunden werden. Dieser hatte ja, da er sich in der von Ulpian referirten Stelle nur mit der Frage der Anwendbarkeit der actio emti beschäftigt, über die besonderen Voraussetzungen der actio de in rem verso sich zu äußern gar keine Veranlassung. Aber Ulpian, der dieses Excerpt aus Labeo einmal in den Zusammenhang seiner Erörterungen über die Voraussetzungen der actio de in rem verso hineinverpflanzt hatte, nahm Gelegenheit, auch von diesem Gesichtspunkte aus den zweiten der von Labeo behandelten Fälle zu beleuchten. Es liegt nämlich gerade bei diesem Falle die Frage nahe, wie denn eine versio in rem domini aus einem Kaufgeschäft dieser Art überhaupt denkbar sei; und diese Frage ist es, welche Ulpian am Schluß der Stelle beantworten will: — die Worte „ego autem puto" brauchen nicht nothwendig als Einführung einer gegensätzlichen Meinung verstanden zu werden.

Der Erlaß einer Schuld des Sklaven seitens seines Gläubigers kann eine unmittelbare versio in rem offenbar nicht begründen, man müßte denn, was dem Wesen des peculium gleich sehr wie dem Rechte der actio de in rem verso widerstreiten würde, in jeder Verbesserung des Pekuliarvermögens ohne weiteres eine versio in rem domini erblicken wollen.

v. Thur glaubt trotzdem die in der Stelle erwähnte versio als eine unmittelbare verstehen zu dürfen, indem er als das sie begründende negotium nicht den Erbschaftsverkauf, sondern das der erlassenen Schuld zu Grunde liegende Geschäft ansieht. Allein abgesehen davon, daß die Zurückbeziehung des „gesserit" auf eine (vielleicht vor langer Zeit einmal)

vom Sklaven für Rechnung des Herrn kontrahirte Schuld nur höchst gezwungen, und die Ausdrucksweise Ulpian's als sehr dunkel und zweideutig zu bezeichnen wäre, sind wir durch nichts genöthigt, in der vertragsmäßig erlassenen Schuld gerade eine Geschäftsschuld des Sklaven vorauszusetzen: das quod mihi ab ipso servo debebatur konnte ebensowohl auf einem Delikte des Sklaven, oder auf einem objektiven Thatbestande (z. B. ungerechtfertigter Bereicherung), oder auf einem Geschäfte beruhen, welches seiner Tendenz nach eine Vornahme für den Herrn ausschloß (z. B. negotiorum gestio für den Dritten ohne Mandat des Herrn und auch ohne die Absicht des Sklaven, als negotiorum gestor des Herrn die negotia des Erbschaftskäufers zu besorgen). Es bleibt daher nur die Möglichkeit offen, die Stelle auf eine indirekte Version zu beziehen und anzunehmen, der Sklave habe das durch den Verkauf der Erbschaft zunächst für sich selbst erlangte Aequivalent für den Herrn verwendet.

Eine solche indirekte Version ist nun auch sehr wohl denkbar. Ist die erlassene Forderung auf eine im peculium des Sklaven befindliche species gerichtet, so kann man diese species gerade als das durch das Geschäft mit dem Dritten Erlangte bezeichnen, insofern durch den Schulderlaß ihm die Möglichkeit eröffnet worden ist, ohne Unrecht gegenüber dem Gläubiger über die Sache zu verfügen; und wenn er demnächst diese species oder ein mittelst derselben erlangtes Surrogat animo domini negotia gerendi in das Vermögen des Herrn verwendet, dann ist die Identität zwischen dem aus dem Vermögen des Dritten erlangten und dem in das Vermögen des Herrn verwendeten Gegenstande gegeben.

Ein Anderes dagegen gilt, wenn die durch den Erlaß getilgte Forderung auf Geld oder andere fungible Sachen oder auf eine nicht im peculium des Sklaven befindliche species

sich richtet. Es genügt hier, dies von der Geldschuld nachzuweisen: daß die anderen soeben erwähnten Schulden ihr in der hier in Rede befindlichen Beziehung gleich stehen, ergiebt sich von selbst.

Durch den Erlaß einer Geldschuld wächst dem Schuldner nicht, wie im vorigen Falle, ein konkreter Vermögensgegenstand zu, welcher, wie eine bestimmte species unmittelbar oder in einem Surrogat, sich in ein fremdes Vermögen übertragen ließe. Nicht ein bestimmtes konkretes Vermögensstück wird von einem auf ihm ruhenden Banne frei gemacht, sondern das Vermögen als ein einen bestimmten (positiven oder negativen) Geldwerth repräsentirendes Ganzes wird um einen in einer abstrakten Geldsumme sich ausdrückenden Betrag erhöht, indem die die Schuld ausdrückende negative Größe von dem Gesammtvermögen subtrahirt wird. Hieraus resultirt für den Schuldner die Möglichkeit, einen dem Betrage der erlassenen Schuld entsprechenden Geldbetrag, der durch das Schuldverhältniß gleichsam gebunden war, für andere Zwecke zu verwenden; aber doch eben nur eine abstrakte Geldsumme, welche eben darum die Möglichkeit einer Identifizirung mit irgend einer anderen Geldsumme gleichen Betrages ausschließt.

Wenn daher der Schuldner, dem eine Geldschuld erlassen ist, darauf eine gleich große Geldsumme für den Herrn verwendet, so kann man nicht sagen, daß der durch den Schulderlaß gewonnene Werth mit dem für den Herrn verwendeten identisch sei, — es müßte denn das Vermögen des Schuldners zur Zeit des Erlasses und bis zur Verwendung genau dem Betrage der erlassenen Schuld gleich gewesen sein, ihn wenigstens nicht überschritten haben, ohne daß während dieser Zeit andere Vermögenswerthe in dasselbe eingetreten wären. Abgesehen aber von diesem Spezialfalle wird eine Identifizirung der erlassenen Schuldsumme und einer gleich hohen Verwendungssumme nur

in dem einen Falle noch möglich sein, wenn der Schuldner sich die Schuldbefreiung gerade zu dem Zwecke verschafft hat, um hierdurch einen gleich großen Theil seines Vermögens sich zur Verwendung für den Herrn verfügbar zu machen. Die bei Abschluß des Geschäftes mit dem Dritten vorhandene Absicht, eine der Schuldsumme gleichkommende oder eine geringere Geldsumme für den Herrn zu verwenden, bildet dann ein Individualisirungsmoment für die demnächst wirklich verwendete Summe, vermöge dessen diese letztere sich als Surrogat für den infolge des Erlasses dem Vermögen zugewachsenen Werth darstellt.

Der zweite von Labeo behandelte Fall hat es nun offenbar — ebenso wie der erste — nur mit Geldschulden zu thun (compensarem — nihil solvi), und die soeben angestellten Erwägungen sind es denn auch, die m. E. der Bemerkung Ulpian's: ego autem non puto, de in rem verso actionem non esse, nisi hoc animo gesserit servus, ut in rem domini verteret, zu Grunde liegen.

In der That wird also in dieser Stelle von Ulpian anfänglicher animus domini negotia gerendi gefordert; aber erstens nicht, wie Tuhr glaubt, im Gegensatz zu einer von Labeo geltend gemachten Ansicht, sondern zu näherer Bestimmung eines von Labeo offen gelassenen Punktes; zweitens nicht bezüglich des der erlassenen Schuld zu Grunde liegenden Geschäftes, sondern bezüglich des Erbschaftskaufes; und drittens nicht aus dem Grunde, weil auch indirekte Version nach Ulpian's Ansicht den anfänglichen animus negotia domini gerendi erheischte (das Gegentheil hat sich aus der Betrachtung von l. 3 § 1 h. t. oben ergeben), sondern weil bei der konkreten Gestaltung des vorliegenden Falles nur bei anfänglich vorhandenem animus negotia domini gerendi Iden-

tität der für das peculium erworbenen Geldsumme mit dem in das patrimonium Verwendeten angenommen werden kann.

---

Ist im Vorstehenden der Nachweis gelungen, daß die hier erörterten Stellen, richtig verstanden, der Theorie v. Tuhr's keine Stütze zu bieten vermögen, ja im Widerspruch mit ihr stehen, so sind damit wichtige Bausteine aus seinem theoretischen Aufbau herausgerissen.

Obwohl eine erschöpfende Kritik seiner Theorie nicht in meinem Plane lag, möchte ich aber doch zum Schluß noch eine allgemeine Bemerkung hinzufügen, welche m. E. das ganze Fundament seiner Lehre trifft.

Der naturale Liberationsanspruch des Gewaltunterworfenen gegen den Gewalthaber soll es sein, welcher von dem dritten Mitkontrahenten mit der actio de in rem verso geltend gemacht wird. Nun ist aber der Sklave dem Dritten gegenüber aus seinem Geschäfte persönlich niemals obligirt — auch nicht nach erfolgter Manumission. Von einem Liberationsregreß des Sklaven könnte man daher nur in dem Sinne sprechen, daß von einer aus dem Geschäfte des Sklaven gegen den Herrn angestellten und siegreich durchgeführten actio de peculio jenem die Gefahr einer Minderung des peculium um den dem Dritten gebührenden Betrag droht und daß der Herr, den das Geschäft des Sklaven materiell allein anging, naturaliter für verpflichtet erachtet werden könnte, den Sklaven von dieser Gefahr zu befreien. Dieser Regreß müßte aber nothwendig auf einen Betrag beschränkt bleiben, welcher dem Werthe des peculium zur Zeit der Kondemnation des Herrn auf Grund der actio de peculio gleichkommt, weil darüber

hinaus das Quasivermögen des Sklaven eine Verkürzung nicht erfahren könnte.

Wenn nun aber in der That die actio de in rem verso grundsätzlich — ihrem Namen entsprechend — auf das versum in rem domini in seinem vollen Betrage geht, so ist offenbar, daß der Liberationsregreß des Sklaven das Fundament der actio de in rem verso nicht bilden kann. — Trifft die Theorie von Tuhr für den Sklaven nicht zu, so kann sie auch für den Haussohn nicht richtig sein; denn der rechtliche Charakter der actio de in rem verso ist dem Gewaltunterworfenen gegenüber der gleiche.

Kiel, im April 1895.

---

III.

# Von der Solidarität aus unerlaubten Handlungen

nach den Entscheidungen des Reichsgerichts und dem Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches,

zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Bereicherungsklage.

Von

Dr. **Carl Crome**, Kgl. Preuß. Amtsrichter und Universitätsprofessor.

Die Solidarität der Haftung mehrerer Personen, welche gemeinschaftlich eine unerlaubte Handlung begangen haben, für den von ihnen verursachten Schaden ist heutzutage bei uns fast ein Axiom. Es ist bekannt, wie diese Solidarität entstanden ist: die Quellenzeugnisse, in denen sie sich findet, weisen auf den Ursprung unmittelbar zurück. Die Straffunktion der römischen Deliktsklagen und das formalistische Prinzip des römischen Civilprozesses, wonach die Litiskontestation schlechthin zwischen denselben Prozeßparteien wirkte, waren die Momente, welche in unserem Fall einträchtig zusammenwirkten, um einerseits dem durch die unerlaubte Handlung Verletzten zu der ihm gebührenden Genugthuung zu verhelfen, und andererseits die Thäter bezw. Theilnehmer einer solchen Handlung durch eine heilsame Repressalie von weiteren Störungen der Rechtsordnung abzuhalten. Vom Maß des angerichteten Schadens ausgehend, bestand die Strafe bei den römischen Privatdelikten

regelmäßig in einer je nach der Art des besonderen Delikts vervielfältigten Ersatzleistung an den Verletzten: einmal so, daß der Verletzer das Doppelte bis Vierfache dieses Betrages zu leisten hatte, und andererseits so, daß die Summe von jedem Theilnehmer an dem Delikte beigetrieben werden konnte. Der letztere Grundsatz fand, wie erwähnt, in zwanglosester Weise seine Stütze im römischen Prozeßverfahren selbst.

Immerhin war mittlerweile auf einem anderen Gebiete — im Kontraktsrecht — die Unvollkommenheit der formalistischen Beschränkung des Prozeßresultats auf die Parteien in dem Falle überwunden worden, wenn mehrere Personen durch dasselbe Rechtsgeschäft dieselbe Leistung übernommen hatten, indem in diesem Falle anerkannt wurde, daß die Litiskontestation mit einem Schuldner das gesammte Rechtsverhältniß konsumire. Das Ergebniß dieser Entwicklung ist gleichbedeutend mit dem Institut der Korrealität: der kontraktlichen Gesammtschuldverhältnisse. Sobald die Straffunktion der römischen Deliktsklagen mit Ausbildung und Vervollkommnung des Strafrechts schrittweise bei einzelnen Delikten — und schließlich im gemeinen Rechte generell — zurücktrat, mußte sich ein ähnlicher Umschwung auch hier vollziehen, konnte von einer Beitreibung des Schadens gegen jeden Theilnehmer der unerlaubten Handlung nicht mehr die Rede sein. Denn wenn auch hier begrifflich die Verpflichtung eines jeden Theilnehmers an dem Delikte eine selbständige war, so daß ein Jeder von ihnen für sich selbst zur vollen Ersatzleistung verpflichtet blieb und daher auch nicht schon durch Litiskontestation des Verletzten mit einem anderen Theilnehmer an dem Delikt befreit werden konnte, so führte doch der nunmehr ausschließlich maßgebende Begriff des Schadensersatzes unmittelbar zu dem Ergebniß, daß mit einmaliger Beseitigung dieses Schadens durch die vom (beklagten oder nicht beklagten) Theilnehmer gemachte Ersatzleistung jeder

weitere Anspruch des Verletzten aufgehoben war. Das ist im späteren römischen Recht nur zögernd anerkannt worden; vgl. Ulpian, l. 14 § 18 D. quod met. caus.: si plures metum adhibuerint, et unus fuerit conventus, siquidem . . . . . . ex sententia quadruplum restituerit, verius est etiam sic perimi adversus ceteros metus causa actionem; — bemerkenswerth besonders dadurch, daß in dem quadruplum, auf das der beklagte Theilnehmer verurtheilt wird, sich noch die Straffunktion der Klage geltend macht, in der Peremtion der letzteren gegen die Theilnehmer nach Zahlung der Judikatssumme schon der Ersatzcharakter eigenthümlich hervortritt. Aehnlich l. 1 § 4 D. de eo per quem fact.; l. 17 pr. D. de dolo; l. 3. 4 D. de his qui effud.

Aus dem Gesagten geht hervor, daß die Solidarität der Haftung mehrerer Theilnehmer einer unerlaubten Handlung in den meisten Fällen etwas durchaus Natürliches ist: einerseits aus dem Begriff der Haftbarkeit für das, was man persönlich bezw. mit Beihülfe der Personen, für deren Thun man nach Maßgabe der konkreten Umstände verantwortlich ist, an Schaden angerichtet hat, und andererseits aus dem Begriff des Schadensersatzes selbst folgt, der die nur einmal mögliche Wiederherstellung der bewirkten Vermögensveränderung bedeutet. Wo der Gesichtspunkt des Schadensersatzes, wie heutzutage in den verschiedenen Rechtsgebieten unbestritten, die in Rede stehenden Deliktsansprüche beherrscht, ist die Solidarität der Haftung der mehreren Theilnehmer der unerlaubten Handlung für den dadurch hervorgerufenen Schaden denn auch (wenigstens in den weitaus überwiegenden Fällen) die Regel — und dieser Regel hatte der § 714 des I. Entwurfes des B.G.B. für das Deutsche Reich einen (wie sich später zeigen wird, freilich allzuweiten) Ausdruck gegeben.

Dagegen ist die Stelle in § 753 des II. Entwurfes

wesentlich verändert und hat eine ganz andere Tragweite bekommen. Man wird dieselbe nur dann vollkommen würdigen können, wenn man sie auf das bisherige Recht, wie es in der Entscheidung des Reichsgerichts, Bd. 1 S. 89[1]) sehr gut zum Ausdrucke gekommen ist, zur Anwendung bringt. In letzterem wird stets als selbstverständliche Voraussetzung der Schädenhaftung an dem Verschulden der Theilnehmer einer unerlaubten Handlung für den daraus entstandenen schädlichen Erfolg festgehalten. Dieses Verschulden wird zwar nicht schon dadurch ausgeschlossen, daß der in Anspruch genommene Betheiligte nicht sämmtliche Faktoren des schädigenden Erfolges durch eigene Thätigkeit gesetzt hat. Im Gegentheil, auch dann liegt culpa vor, wenn er nur einzelne Faktoren dieses Erfolgs verwirklichte und mit anderweit hinzutretenden rechnete oder, bewandten Umständen nach, rechnen konnte. Ein derartig hinzutretender Umstand ist nun vor allem die Mitwirkung von Genossen, mit welchen sich der Handelnde zu gemeinsamer Aktion verband. Dabei ist nicht erforderlich, daß er den Eintritt des gesammten schädigenden Erfolges wollte; es genügt, wenn er ihn bei Anwendung der pflichtmäßigen Sorgfalt hätte vorhersehen können. M. a. W. die civilrechtliche Theilnahme umfaßt nicht nur den dolus sondern auch die culpa. Immer aber ist Kausalzusammenhang der Handlung des in Anspruch genommenen Betheiligten mit dem schließlichen Erfolg erforderlich; ohne ihn ist kein Verschulden denkbar, die Vorhersehbarkeit des Erfolges irrelevant. Dem hat das Reichsgericht an der cit. Stelle sehr prägnanten Ausdruck gegeben, und die Entscheidung ist vom Standpunkt des geltenden Rechts unanfechtbar. Der Fall ist folgender:

---

1) Vom 2. Dezember 1879. Rep. IVa 261/79.

Bei einer stattgefundenen Schlägerei wurde der eine Betheiligte Sch. durch einen Stich in den Oberarm tödtlich verletzt und verstarb alsbald. Die drei übrigen Betheiligten wurden auf Grund des § 227 St.G.B. „wegen Theilnahme an einer Schlägerei, durch welche der Tod eines Menschen verursacht worden", zu Freiheitsstrafen verurtheilt. Die angestellte Entschädigungsklage der Wittwe gegen einen derselben bezw. seine Erben behauptete unter Berufung auf die Strafakten, daß der Getödtete die Wunde bei einer Schlägerei erhalten habe, „bei welcher der Erblasser der Beklagten betheiligt war und sich einer Stichwaffe bediente"; daß letzterer somit durch sein Verschulden den Tod des Ehemanns der Klägerin herbeigeführt habe, ein Ereigniß, für welches die Beklagten schadensersatzpflichtig seien.

Das Reichsgericht entschied jedoch: da die Klage weder behaupte, daß der Erblasser der Beklagten dem Ehemann der Klägerin selbst die tödtliche Wunde beigebracht, noch daß er überhaupt Thätlichkeiten gegen denselben begangen habe, so könne von einem Kausalzusammenhang der Handlungen des Erblassers der Beklagten mit dem Tod des Ehemanns der Klägerin keine Rede sein, und bestätigte daher das abweisende Urtheil der II. Instanz. Die Betheiligung des Erblassers der Beklagten an der Schlägerei, wie der Besitz einer Waffe in seinen Händen sei wohl möglich gewesen, ohne daß deshalb sein Thun die alleinige oder wenigstens mitwirkende Ursache der Verletzung bezw. des tödtlichen Erfolgs gewesen sei. Freilich jede Mitwirkung an den Thätlichkeiten gegen den Verstorbenen würde ihn verantwortlich und zwar für die gesammten Folgen verantwortlich gemacht haben, ohne daß es auf das Maß der Mitwirkung ankäme. Irgend ein verletzender Akt gegen den

Beschädigten sei aber unbedingte Voraussetzung der Verantwortlichkeit. Die weitergehenden Bestimmungen der Strafgesetze (§§ 277, 367 Ziff. 10 des St.G.B.), wonach unter Umständen schon die bloße Betheiligung an dem schädigenden Ereignisse (dem Raufhandel oder der Schlägerei als solcher) ohne Rücksicht auf die Mitwirkung an der Tödtung oder Verwundung verantwortlich mache, dürften auf die civilrechtliche Schädenhaftung keineswegs übertragen werden.

Und das gewiß mit Recht! Denn in den cit. strafrechtlichen Bestimmungen wird der Betheiligte gar nicht wegen Tödtung oder Körperverletzung verantwortlich gemacht, und es trifft ihn, wenn er verurtheilt wird, nicht die für Tödtung oder Körperverletzung festgesetzte sondern eine *wesentlich geringere* Strafe, die Strafe wegen nicht pflichtmäßiger Fernhaltung von Raufhändeln rc. Ueberhaupt wird ja die Strafe wesentlich nach dem Schuld*grade* abgestuft; während umgekehrt bei der civilrechtlichen Verantwortlichkeit der Schuldgrad gleichgültig ist, auch das geringste rechtlich in Betracht kommende Verschulden zur Tragung des gesammten Schadens verpflichtet. Was Wunder, daß da der Kausalzusammenhang zwischen der Handlung des Betheiligten und dem Erfolg mit Sicherheit feststehen muß, wenn Jemand für diesen Erfolg haftbar gemacht werden soll!

Getreu in diesem Sinne verlangte denn auch der I. Entwurf § 714, daß die Mehreren [2]) einen Schaden *verschuldet* haben müßten, um solidarisch in Anspruch genommen werden zu können. Der II. Entwurf § 753 sagt einfach: wenn Mehrere gemeinschaftlich *eine unerlaubte Handlung begangen* und dadurch einen Schaden verursacht haben,

---

2) Auf Einzelheiten wegen des Anstifters, Thäters oder Gehülfen ist hier nicht einzugehen.

so ist jeder für den (scil. ganzen) Schaden verantwortlich! Das ist freilich himmelweit verschieden von dem zahmen Satz des I. Entwurfs! Denn was ist im vorstehenden Beispiele die gemeinschaftlich begangene unerlaubte Handlung? Was anderes als die Schlägerei; was der Schaden, als der Nachtheil, den die Klägerin aus der dabei stattgefundenen Tödtung des einen Theilnehmers erlitten hat? Wird man das Wort „begangen" hier urgiren und behaupten können, daß der Kausalzusammenhang noch immer fehle, oder folgt nicht vielmehr aus dem gebrauchten Wortlaut, daß die mehreren gemeinschaftlich Handelnden zu einer Gesammtheit zusammengeschlossen werden sollen, von welcher jedes Mitglied ganz für das verantwortlich gemacht wird, was diese Gesammtheit durch ihr unerlaubtes Verhalten an Schaden angerichtet hat? Das letztere ist um so sicherer aus dem Wortlaut zu folgern, als der zweite Satz des Paragraphen geradezu den Fall voraussetzt, daß Mehrere bloß „betheiligt" waren, während einer den Schaden durch seine Handlung allein herbeigeführt hat. Hier wird ausdrücklich die Verantwortlichkeit für den gesammten Schaden einem jeden „Betheiligten" zur Last gelegt, falls sich der eigentliche Thäter nicht ermitteln läßt. So ähnlich also dieser zweite Satz an sich der bekannten l. 11 § 2 Dig. ad leg. Aqu. sieht, so enthält er doch in seinem jetzigen Zusammenhange etwas durchaus anderes, nämlich einen Verzicht auf die Erfordernisse von culpa und Kausalzusammenhang, welche das römische Recht nie außer Augen läßt.

Vielmehr sieht § 753 in seiner jetzigen Fassung dem § 227 St.G.B. verzweifelt ähnlich; er erweckt den Anschein, als habe die erweiterte Verantwortlichkeit des letzteren geradezu in das Civilrecht übertragen werden sollen; also daß in Zukunft schon die bloße Betheiligung an der Schlägerei, ohne Rücksicht auf die thatsächliche Mitwirkung zu dem

schädigenden Erfolg den Betheiligten für dessen Folgen verantwortlich mache [3]). Nur wenn in solchen Fällen der wirkliche Thäter sich ermitteln lasse, seien die Anderen frei [4]); im entgegengesetzten Falle hafteten sie solidarisch für den ganzen Schaden!

Freilich war auch der I. Entwurf nicht einwandfrei. Wenn die Motive sagten, der erste Satz des § 714 gebe das geltende Recht wieder, so war das nichts weniger als richtig. Die Solidarität der Haftung mehrerer Theilnehmer an einer unerlaubten Handlung ist das Produkt logischer Folgerung, wo die besprochenen Prämissen obwalten; und diese Prämissen sind so sehr die Regel, daß man sich daran gewöhnt hat, die Solidarität als ausnahmslose Vorschrift hinzunehmen, ohne viel nach ihrem Grund und ihrer Berechtigung im Einzelfall zu fragen, — wenigstens in der Praxis. Verschiedene Urtheile des Reichsgerichts aus dem Gebiete des französischen Rechts, in welchem das erlösende Wort von der solidarischen Haftung der mehreren Theilnehmer einer unerlaubten Handlung sich nicht findet, und welche weiter unten besprochen werden sollen, beweisen, wie schwer man ohne

---

3) Daß die II. Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs des Bürg. Gesetzbuchs ein solches Resultat nicht beabsichtigt hat, vielmehr nur eine sog. „gemeinverständlichere Fassung" des Paragraphen erstrebte, beweist nur die Gefahren, die eine derartige Gemeinverständlichkeit auf Kosten der juristischen Prägnanz unter Umständen in sich birgt. Es ließen sich zahlreiche Beispiele aus dem II. Entwurf anführen, in denen eine patriarchalischere Ausdrucksform mit einer Verwässerung des juristischen Gedankens Hand in Hand geht.

4) Z. B. wenn im obigen Beispiel ermittelt würde, wer den tödtlichen Stich beigebracht hat. — Ein anderes Beispiel: Zwei Kutscher machen eine Wettfahrt. Der eine überfährt dabei einen Passanten, so daß derselbe eine Verletzung davonträgt. Die beiden Kutscher würden solidarisch für den Schaden haften, falls derjenige Kutscher nicht ermittelt wird, der den Verletzten überfahren hat. In diesem Falle ist der andere frei.

dieses Wort sich vielfach recht zu helfen weiß. Und doch, das Wort ist Schall und Rauch; ja es ist schädlich, wenn die Fassung des Gesetzes ungeschickt ist; denn die Solidarität tritt überhaupt nicht ein, wenn die besonderen Prämissen fehlen. Der eine Ausschlußgrund der Solidarität ward schon erwähnt: wenn nämlich sich ermitteln läßt, durch welchen der verschiedenen Theilnehmer an der unerlaubten Handlung der entstandene Schaden ausschließlich herbeigeführt worden ist. Hier haften die anderen nicht weder nach den Pandekten, noch heutzutage noch nach dem Entwurf. Dagegen schweigt der letztere in § 753 von dem Falle, da ein ungleicher Antheil der Herbeiführung des Schadens seitens einzelner Theilnehmer ermittelt ist. Soll dieser Antheil ignorirt, also Solidarität statuirt werden, oder soll der zweite Satz des § 753 analogisch dahin ausgedehnt werden, daß der gesammte Schaden diesenfalls entsprechend zu theilen und der Betreffende für seinen Antheil, die Andern aber nicht für diesen Antheil haftbar seien? Und wenn man arg. der entsprechenden Stelle der Digesten l. 11 § 2 ad l. Aqu. sich für das letztere entscheiden will, warum sagt man es nicht, um so mehr als doch der I. Entwurf es sagte (wiewohl mit Unrecht nur für den Fall von nicht gemeinsamem Handeln der Mehreren), und daher der Einwurf gemacht werden kann, eine solche Bestimmung habe neuerdings beseitigt werden sollen! Soll uns denn jeder nächstliegende Rechtssatz nur durch einen Prozeß erkauft werden? Ist das die Verdeutlichung [5]), die gegenüber der entsprechenden Fassung des I. Entwurfs an dieser Stelle beabsichtigt wurde?

Eine derartige ungleiche Vertheilung des zu leistenden Schadensersatzes ist aber beispielsweise geboten, wenn beim

5) Conrad's Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik, 3. Folge Bd. 5 S. 252—258.

Vorliegen eines wirklichen Theilnahmeverhältnisses der mehreren Urheber des Schadens — also der Gemeinsamkeit des Willens und Handelns bezw. des Rechnens oder Rechnenkönnens eines Jeden mit der Thätigkeit der Anderen, die der seinigen als Ergänzung oder Voraussetzung dient — von den Mehreren ein Gesammtschaden verursacht worden ist, der sich gleichwohl zu gewissen meßbaren Theilen auf die Thätigkeit eines jeden Miturhebers zurückführen läßt. Z. B. mehrere Eigenthümer einer ungleichen Anzahl von Vieh vereinigen dasselbe zu einer Heerde, welche von einem gemeinschaftlichen Hirten auf die Weide getrieben wird. Gesetzt, daß diese Auftreibung in Kenntniß der verschiedenen Viehbesitzer ohne Erlaubniß auf fremde Wiesen erfolgte, so haften die mehreren Eigenthümer für den durch das Abweiden der fremden Wiesen entstandenen Schaden richtiger Ansicht nach nicht einfach solidarisch sondern pro parte nach Maßgabe der Anzahl der aufgetriebenen Viehstücke, die auf die Einzelnen kommen. Denn es ist ohne weiteres klar, daß derjenige Eigenthümer, der zehn Kühe oder zehn Ziegen hat auftreiben lassen, zehnmal so viel Schaden verursacht hat als derjenige, auf dessen Kopf nur eine Kuh oder eine Ziege kommt. Es wäre entschieden unbillig, den letzteren in derselben Weise haften zu lassen, wie den ersteren [6]).

Aehnlich würde der Fall liegen, wenn mehrere an einem Ort, z. B. einem fließenden Wasser, zusammenliegende und verschiedenen Eigenthümern gehörende Fabriken sich zu irgend einem Zweck (z. B. einer gemeinschaftlichen Lieferung) zusammenschließen und bei dieser gemeinschaftlichen Thätigkeit einen Schaden stiften, zu dessen Herbeiführung die Kräfte

6) S. auch Dernburg, Pandekten, II § 131 zu Anm. 18, und für das französische Recht meine Ausführungen i. d. Grundlehren des franz. Obligationsrechts, 1894, § 19 zu Anm. 29.

einer einzelnen Fabrik nicht ausreichten, der sich jedoch infolge der gemeinschaftlichen Thätigkeit vorhersehen ließ, — sofern auch hier die Betheiligung der einzelnen Etablissements am Schaden meßbar ist. Z. B. die mehreren Fabriken ergießen infolge ihrer neuen gemeinschaftlichen Industrie so viel gifthaltige Abwässer in den betreffenden Bach, daß in demselben alle Fische sterben oder den unterhalb liegenden Anstößern, die das Wasser zur Berieselung ihrer Felder verwenden, die Saat ausgeht. Oder sie verpesten die Luft durch giftige Dünste und richten dadurch einen anderen Schaden an. In solchen Fällen wird einerseits das Theilnahmeverhältniß, anderseits das etwa meßbare Quantum des auf die Thätigkeit jedes Miturhebers entfallenden Schadens entscheidend sein. Meßbar ist das Quantum, insofern z. B. die eine der vereinigten Fabriken täglich tausend, die andere täglich dreitausend Hektoliter der schädlichen Flüssigkeit in den Bach ergießt, die eine mit sechs, die andere mit zehn Feueressen und einer entsprechenden Anzahl Schornsteine arbeitet. Es wird nur der Billigkeit entsprechen, die Haftung der verschiedenen Theilnehmer für den angerichteten Gesammtschaden nach demselben Verhältnisse abzustufen, in dem sie zu demselben beigetragen haben. Nur insofern die Thätigkeit einer jeden bezw. einzelner Fabriken *schon für sich allein* durch die von ihr entsandten Giftstoffe genügend war, den ganzen Schaden herbeizuführen, haften sie resp. die betreffenden Eigenthümer für den ganzen Schaden, also solidarisch; und zwar in diesem Fall selbst dann, wenn ein subjektives *Theilnahmeverhältniß nicht vorlag*.

Den letzteren Grundsatz hat das *Reichsgericht* sehr richtig in dem von ihm Bd. 16 S. 144[7]) entschiedenen Falle

7) Urtheil v. 9. Juli 1886, Rep. III 70/86.

zum Ausdruck gebracht. Dort besteht keinerlei Einverständniß der verschiedenen Gewerbetreibenden, die durch die Abwässer aus ihren resp. Etablissements das Wasser des Flusses verunreinigt haben, und es kommt darauf nicht an, weil thatsächlich festgestellt ist, daß jeder der Beklagten ein solches Quantum Absallwasser in den Fluß geleitet hat, daß daraus schon allein der ganze den Klägern zugefügte Schaden entstehen mußte. Hier kann von einer Theilung dieses letzteren füglich keine Rede sein: dazu bedürfte es nicht der l. 11 § 2, l. 51 pr. D. ad l. Aqu. etc., die für diesen Grundsatz angeführt werden; er folgt unmittelbar aus der Natur der Sache, weil Jeder den ganzen Schaden verursacht hat und ein Maßstab für die Theilung überhaupt nicht aufzufinden ist. Jeder Schadenstifter ist selbständig verpflichtet, den Nachtheil wiederherzustellen, den er durch sein Verschulden herbeigeführt hat; der Gläubiger kann diese Wiederherstellung allerdings nur einmal verlangen, aber nach seiner Wahl von jedem Schadenstifter; keiner der letzteren kann dem Gläubiger gegenüber daraus einen Vortheil ziehen, daß andere Personen aus einem ihm fremden Grunde zu derselben Leistung verpflichtet sind. Wäre letzteres der Fall, so würde die Lage des Verletzten bei mehrfacher Beschädigung geradezu verschlechtert, während sie an sich doch eine bessere sein muß.

Reicht dagegen die Thätigkeit des Einzelnen für sich allein zur Hervorbringung des schädlichen Erfolgs *nicht aus*, so würden die citirten Stellen und jene Entscheidung des Reichsgerichts nicht passen, und die Haftung der Einzelnen, deren vereinte Thätigkeit diesen Erfolg herbeiführte, tritt nur auf Grund eines Theilnahmeverhältnisses, also insbesondere dann ein, wenn die ergänzende Thätigkeit der Anderen gewollt und der Erfolg voraussehbar war. Die Haftpflicht stuft sich nach dem Antheil der Einzelnen am Schaden ab, wenn dieser

meßbar ist, wie in den oben erwähnten Beispielen. Anderenfalls ist sie gleichfalls solidarisch; wie z. B. bei Raufhändeln u. dgl. Ein Beispiel dieser Solidarität aus dem gemeinen Recht enthält die reichsgerichtliche Entscheidung Bd. 23 S. 158[8]), wo die Haftung der mehreren Theilnehmer an der Schlägerei für die daraus hervorgegangene Tödtung und den daraus entstandenen gesammten Schaden im Gegensatz zu dem oben bei Anm. 1 erwähnten Falle mit Recht aus dem Umstande gefolgert wurde, daß die betreffenden Betheiligten sich beide erwiesenermaßen an dem Verletzten vergriffen hatten. Unter dieser Voraussetzung ward mit Recht für unerheblich erklärt, daß der eine Theilnehmer nur mit einem Besenstiel, der andere mit einem Todtschläger auf den Verletzten eingehauen hatte, insofern der erstere nur (selbst wenn er keine Waffe gehabt hätte) bei dem gemeinschaftlichen Angriff gegen den Verletzten den eingetretenen Erfolg dadurch mitverschuldete, daß er den Verletzten verhinderte, sich dem mit dem Todtschläger bewaffneten Theilnehmer in ausreichender Weise zur Wehre zu setzen. Insofern hat er unbedenklich den Eintritt des Erfolges mitverursacht.

Alle diese Sätze folgen so sehr aus dem Wesen der einschlägigen Begriffe: der culpa, des Kausalzusammenhanges und des Schadensersatzes, der nur einmal geleistet werden kann, sodaß mit dieser Leistung sämmtliche übrige Betheiligte befreit sind, daß es der römischen Quellenstellen, die sich übrigens auch nur auf einzelne Spezialfälle beziehen, zur Stützung dieser Lehre kaum bedarf. Die Streitfragen der modernen Wissenschaft liegen auf anderem Gebiet: ob an die Stelle der Haftung für den schuldhafter Weise herbeigeführten schädlichen Erfolg nicht schon die Haftung für die bloße Veranlassung

8) Vom 7. Mai 1889, Rep. III 87/89.

desselben durch eigenes Thun zu treten habe u. dgl., — Fragen, welche hier auf sich beruhen können. Denn die culpa als Voraussetzung der Deliktshaftung wird im geltenden Rechte nicht mit Erfolg bestritten werden können [9]). Weil also die erwähnten Sätze, wie soeben bemerkt, im besten Sinne aus der Natur der Sache folgen, ohne daß es für dieselben einer positiven Rechtsvorschrift bedarf, gelten sie auch in § 753 des II. Entwurfs, der nicht mehr ausdrücklich Solidarität der Haftung verfügt, ebenso wie schon bisher im französischen Recht, das eine solche Vorschrift allgemeinen Inhalts überhaupt nicht kennt. Freilich ist in letzterem Recht der Grundsatz von der solidarischen Haftbarkeit der Theilnehmer weit entfernt, allgemein anerkannt zu sein; und darin liegt das Interessante an der Sache, daß dieses Schweigen des Gesetzes die Doktrin genöthigt hat, dem Kern der Frage auf den Grund zu gehen. Das ist Manchen freilich nur höchst unvollkommen gelungen. Vor allem der im rheinischen Rechtsgebiet und selbst vom Reichsgericht [10]) höchst überschätzte Buchstabeninterpret des

---

9) Auch in der zweiten Lesung des Entwurfs des Bürg. Gesetzbuchs beabsichtigte man nicht von diesem Grundsatz abzugehen. S. Conrad's Jahrbücher f. Nationalökonomie u. Statistik, 3. Folge Bd. 5 S. 245 ff.

10) Davon geben nicht nur die rheinischen Entscheidungen des II. Civilsenats dieses Gerichtshofs allenthalben Zeugniß, sondern es ist mir von einem Mitgliede desselben in einer Kritik meiner „Grundlehren des franz. Obligationenrechts" (1894) geradezu vorgeworfen worden, daß ich mich in diesem Werke verschiedentlich von einer gewissen „Feindseligkeit" gegen Laurent hätte leiten lassen! Dem ist von anderer Seite die Bemerkung entgegenzustellen, daß meine Neuausgabe des „Handbuchs des französischen Civilrechts" auf der Grundlage von Zachariä (1894 ff.) mit Citaten aus den französischen Kasuisten „überlastet" sei! Die eine dieser Bemerkungen schlägt die andere! Was insbesondere die letztere betrifft, so hat seinerzeit schon Zachariä selbst aus m. E. vollwichtigen Gründen gegen dieselbe Stellung genommen und mit Recht hervorgehoben, daß das „Handbuch" mit Citaten nicht freigebig genug sein könne. Ganz im Gegensatz zu meinem „Obligationenrecht" und „Allgemeinen Theil" (1892),

Code civil, Laurent, leistet an dieser Stelle geradezu Unglaubliches, wie er denn regelmäßig zwischen zwei Stühlen Platz nimmt, wenn ihn der Buchstabe des Gesetzes im Stiche läßt. Das französische Gesetzbuch behandelt im Allgemeinen nur die Korrealobligationen und begnügt sich sonst in einzelnen Fällen, die es gelegentlich erwähnt, eine solidarische Haftbarkeit der Parteien auszusprechen; nicht anders, als wie es auch im römischen Recht geschieht, das weit entfernt ist, auch für unseren Fall der solidarischen Deliktshaftung eine allgemeine Regel aufzustellen, sondern sich mit der Anerkennung einzelner Anwendungsfälle dieser Regel begnügt[11]). Nur waltet in den modernen Rechten, welche den Unterschied zwischen Solidarität im engeren Sinne und Korrealität ignoriren, der Unterschied ob, daß die ausdrücklich im Gesetz als Fälle einer solidarischen Haftung der Parteien anerkannten bezw. herausgegriffenen Fälle eben dadurch an den Wirkungen partizipiren müssen, welche das einige Recht der Gesammtschuldverhältnisse in

ist das „Handbuch" im Wesentlichen ein Referat für uns Deutsche über die Rechtsgrundsätze, deren Anwendung wir in Frankreich zu gewärtigen haben, und zugleich ein Schlüssel für die Orientirung in der umfangreichen französischrechtlichen Literatur, deren Beherrschung bei uns in weiteren Kreisen mit besonderen Schwierigkeiten verbunden ist. Es ist natürlich, daß in Folge dieses doppelten Zweckes manche Ansichten erwähnt werden mußten, über die man in Werken über deutsches Recht stillschweigend zur Tagesordnung übergehen würde. Daraus erklärt sich denn auch hier die regelmäßige Erwähnung eines Autors, der in Frankreich hohes Ansehen genießt, und gegen den ich, wenn ich ihn aus diesem Grund in den genannten anderen Schriften stellenweise scharf bekämpfte, nicht die mindeste „Feindseligkeit" hege, wenngleich mir jeder Kenner zugeben wird, aß sein Bestreben, überall „prinzipiell" zu sein, wo ihm die nothdürftigsten Grundbegriffe abgehen, uns stellenweise ein nothgedrungenes Lächeln abnöthigt. Der beste Beleg hierfür wird gleich im Folgenden zu finden sein.

11) S. auch Savigny, Obligationenrecht, I § 20 S. 201 lit. e u. Cit.

dem betreffenden Gesetzbuch überhaupt hat. Denn die Bestimmungen des letzteren werden dadurch auf die herausgegriffenen Fälle einer besonders anerkannten gesetzlichen Solidarität übertragen. Ist also das allgemeine Recht der Gesammtschuldverhältnisse in dem betreffenden Gesetzbuch, wie im Code civil, auf den Grundsätzen der Korrealität aufgebaut, so werden dadurch die herausgegriffenen Fälle einer gesetzlichen Solidarität den Regeln der Korrealobligation unterworfen, obschon sie innerlich vielleicht nichts weniger als Korrealfälle sind [12]). Dagegen hat man vielfach anzugehen versucht [13]), aber alle diese Versuche mußten sich als aussichtslos erweisen. Man kann die Wirkungen des gesetzlich geregelten einheitlichen Instituts der Gesammtschuldverhältnisse, denen die betreffenden Fälle unterstellt worden sind, nicht theilen, um einzelne derselben für die Korrealitätsfälle im engeren Sinne zu reserviren. Das wäre ein direkter Verstoß gegen das Gesetz [14]).

Außerhalb der so besonders qualifizirten Fälle vertheidigt Laurent nun die Haftung pro rata, obschon ein arg. a

---

12) Die betreffenden Fälle des französischen Civilrechts finden sich in meinen Grundlehren des fr. Obligationenrechts, § 19 S. 219 ff. zusammengestellt. Von diesen interessirt hier insbesondere die kraft Gesetzes solidarische (also korreale) Haftung aller wegen eines gemeinschaftlich begangenen Vergehens strafrechtlich verurtheilten Personen für die Prozeßkosten, Rückgabe und Schadenersatz. Art. 55 Code pénal. S. auch Entscheid. d. Reichsgerichts, Bd. 19 S. 385. Daß diese Korrealität dem Wesen des in Rede stehenden Verhältnisses durchaus entsprechend ist, darüber s. insbesondere Unger in diesen Jahrbüchern, Bd. 30 S. 379. Aber über den Fall der kriminellen Deliktshaftung d. h. der civilrechtlichen Haftung aus Kriminaldelikten, wegen deren eine strafrechtliche Verurtheilung der Theilnehmer stattgefunden hat, hat das französische Recht die Korrealität nicht ausgedehnt.

13) Es ergiebt sich aus dem Schluß der vorigen Anmerkung, daß dies hinsichtlich der sog. kriminellen Deliktshaftung wenigstens sehr mit Unrecht geschehen ist.

14) S. meine Grundlehen ꝛc. S. 220 Anm. 27 u. Cit.

contrario an keiner Stelle ungerechtfertigter ist als hier. Denn wir haben gesehen, daß die solidarische Haftbarkeit der Theilnehmer an einer unerlaubten Handlung, abgesehen von den Fällen, wo der Antheil eines Jeden am Schaden festzustellen ist, durchaus nicht den Charakter einer positiven Rechtsvorschrift an sich trägt, sondern aus der Natur der betreffenden Verhältnisse unmittelbar herauswächst. Die Solidarität der Haftung mehrerer Theilnehmer einer unerlaubten, wenngleich nicht strafbaren Handlung, welche im Gegensatz zu den im Gesetz behandelten (und mit verschiedenen positiven Detailbestimmungen, deren Herübernahme nicht angängig ist, ausgestatteten) Gesammtschuldverhältnissen als unvollkommene Solidarität (sol. imparfaite) bezeichnet wird, ist denn auch in der französischen Theorie und Praxis allgemein angenommen[15]). Wenn jeder von den mehreren Theilnehmern durch seine Thätigkeit bezw. dadurch, daß im Einverständnisse gehandelt wurde, den Schaden ganz verursacht hat, wie sollte dann die Zahl der Schuldigen seine Verantwortlichkeit vermindern? Aber Laurent weiß einen Gegengrund[16]). Wie wären, sagt er, diese mehreren Schuldner jeder für den ganzen Schaden haftbar? Solange das Gesetz nicht Solidarität verfüge oder Untheilbarkeit der Leistung vorliege, greife hier der (ja auch im römischen Recht geltende) Grundsatz ein, daß die Obligation sich theile (!). Als ob hier eine Obligation vorläge, die sich nach dem Satze „**nomina hereditaria inter plures heredes divisa sunt**" in mehrere selb-

15) Es giebt noch andere Fälle einer solchen unvollkommenen Solidarität, z. B. wenn mehrere selbständig, in besonderen Geschäften, denselben Auftrag ertheilt haben; wenn mehrere nebeneinander zur Alimentation einer bestimmten Person verpflichtet sind: ein Fall, auf den noch weiter unten vergleichsweise zu kommen sein wird.

16) Principes de droit civil B. XVII n. 321 S. 322.

ständige spaltete! Ist es nicht ein Fundamentalsatz, daß „societas maleficorum nulla est?“ Wie sollten die Uebelthäter — gerade mangels einer Rechtsvorschrift, die sie im vorliegenden Falle dem Korrealrecht unterwirft — durch ihre unerlaubte That zur Begründung eines gemeinschaftlichen Schuldverhältnisses kommen!

Das Reichsgericht ist in der vorliegenden Frage ausnahmsweise einmal Laurent nicht sondern der gemeinen Meinung gefolgt. Da aber die letztere nicht immer ausreichend begründet und von dem genannten Schriftsteller heftig angefochten ist, so gehen seine Ausführungen um den Kern der Sache vorsichtig herum, und die Richterkenntniß des wahren Wesens dieser Solidarität hat in einer neuesten Entscheidung zu einer geradezu unrichtigen Schlußfolgerung geführt. Die in Rede stehenden Urtheile befinden sich B. 23 S. 329 und B. 33 S. 348 der Entscheidungen. Das erste Urtheil handelt von der Haftbarkeit der Theilnehmer einer civilrechtlich unerlaubten Handlung für den daraus entstandenen Schaden in einem Falle, da der Antheil der Einzelnen den Umständen nach nicht festzustellen war; das zweite vom Regreß.

Der Thatbestand der ersten Entscheidung [17]) ist folgender: Die elsässische Jugend zweier benachbarter Dörfer hatte den Lokalpatriotismus soweit getrieben, daß sie sich in regelrechten Schlachten gefiel, wobei seitens der einen Partei das schwere Geschütz durch Steinwürfe ersetzt wurde. Ein aus der Mitte dieser Partei geworfener Stein traf einen Jungen von der anderen Partei ins Auge, so daß das Augenlicht verloren ging, — ein Erfolg der nach den Umständen des Falles als gewollt nicht angesehen werden konnte; während anderseits der Urheber des fraglichen Wurfs nicht festzustellen war. Das Reichs-

17) Vom 4. Juni 1889 Rep. II 106/89 B. 23 S. 329.

gericht verneint in diesem Fall zunächst mit Recht, daß hier das Gesammtschuldverhältniß des Gesetzes (Korrealität) hinsichtlich der Haftung der Theilnehmer vorliege. Ein solches werde nicht vermuthet und sei überhaupt nur anzuerkennen, wenn es ausdrücklich verabredet oder durch eine gesetzliche Vorschrift bestimmt sei, die hier fehle. Gleichwohl wurde der in Anspruch genommene Theilnehmer der werfenden Partei bezw. dessen Vater zum Ersatz des ganzen durch den Steinwurf verursachten Schadens für haftbar erklärt, was nach den oben entwickelten Grundsätzen, wonach es einer besonderen Gesetzesvorschrift für den in Frage stehenden Fall der Solidarität gar nicht bedarf (letztere durchaus nichts Künstliches, dem betreffenden Verhältniß Aufgeprägtes, sondern etwas Natürliches, aus dem Wesen desselben Folgendes ist), keinem Zweifel unterliegt. Einzelne Sätze der Begründung geben dem auch richtigen Ausdruck. Jeder von der werfenden Partei, der sich an dem Angriff wider die Gegner betheiligte, sah und wußte, wenn er auch selbst nicht warf, daß seine Helfershelfer und Genossen warfen, den von ihm gemachten Angriff mit ihren Steinwürfen unterstützten und ergänzten. Auch der Erfolg, daß ein solcher Stein, wenn er einen Gegner am Kopf traf, ihm den Schädel spalten oder ein Auge verletzen könne, war, wenn auch nicht gewollt, so doch unbedingt voraussehbar, die Voraussetzungen der kulposen Deliktshaftung somit bei jedem der unter diesen Umständen gemeinschaftlich Angreifenden für den daraus entstehenden Schaden zweifellos gegeben. Hätte das R e i c h s g e r i c h t nichts anderes gesagt, so hätte es sich in vollkommener Uebereinstimmung mit den oben entwickelten Grundsätzen und dem richtigen gemeinrechtlichen Urtheil in demselben Bande S. 158 befunden. Denn das ergiebt sich aus dem Begriff des Schadensersatzes doch von selbst, daß, nachdem der in Anspruch genommene Beklagte die ganze Ersatzsumme b e z a h l t

hat, die anderen Angreifer bezw. deren Väter nicht mehr in Anspruch genommen werden können, obwohl im vorliegenden Rechtsstreit keine Veranlassung war, auf diese Frage einzugehen. Aber im gleich unten besprochenen zweiten Urtheil wird auch auf diese Frage zu kommen sein.

Statt dessen wehrt sich aber das Reichsgericht S. 329 geradezu gegen die Annahme der Solidarität auch in dem unvollkommenen Sinne, in welchem sie oben dem gesetzlichen Korrealverhältniß entgegengesetzt wurde, und nimmt hier geradezu gegen die sol. imparfaite als „etwas Haltloses und dem Gesetze Fremdes" Stellung. Nun möchte ich wohl wissen, worin sich das, was das Reichsgericht nach den Ausführungen des vorigen Absatzes implicite selbst anerkennt, von dem unterscheidet, was es hier verwirft! Die Ausdehnung der unvollkommenen Solidarität auf Fälle, welche im Gesetze selbst mit den Wirkungen der vollkommenen bekleidet sind (eine Ausdehnung, die oben zurückgewiesen wurde), steht hier nicht in Frage und kann also, wenn sich das Urtheil nicht höchst überflüssiger, redseliger Breite befleißigte, hier nicht gemeint sein. Von dieser Stelle ab bis zum Schluß von S. 330 ist aber für die Beurtheilung der zur Entscheidung stehenden Frage fast jeder Satz bedenklich. Da heißt es weiter, daß aus Verwerfung der gesetzlichen Solidarität die Haftung der einzelnen Theilnehmer pro rata noch nicht folge, daß vielmehr Jeder dann für das Ganze in Anspruch genommen werden könne, wenn schon in Bezug auf ihn allein — ganz abgesehen von der Mitwirkung Anderer — die thatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen der Deliktshaftung gegeben seien. Ist das der hier in Rede stehende Fall? Durchaus nicht! Es ist der Fall, den Laurent an anderer Stelle — bei der Deliktshaftung [18]) —

18) Principes B. XX n. 541 S. 582.

bespricht, und von welcher der Verfasser des Urtheils sichtlich ausgegangen ist. Thatsächlich handelt sich's in diesem Fall gar nicht um Theilnahme Mehrerer an einem sondern um die Begehung mehrerer selbständiger Delikte durch mehrere Personen, die nur zufälliger Weise denselben Schaden verursacht haben. Der Fall ist mit dem oben nach Anm. 6 besprochenen identisch: es handelt sich daselbst um verschiedene an einem Orte liegende Fabriken, die durch ihren Betrieb einem gemeinschaftlichen Nachbar einen Schaden verursachen. Hat jeder der Industriellen lediglich für sich gehandelt, ohne Kenntniß von dem Thun der Anderen und den möglichen Folgen dieses mehrfachen Thuns, so kann von einem gemeinschaftlich begangenen Delikte keine Rede sein; jeder haftet lediglich für die Folgen seines Thuns, also entweder für den ganzen oder einen gewissen selbständigen Theil des Schadens, der sich objektiv gerade auf sein Thun zurückführen läßt. Andernfalls haftet er gar nicht, wie auch die gemeinrechtliche Entscheidung des Reichsgerichts B. 16 S. 144 mit Recht angenommen hat. Denn das Thun der Andern, welches seine eigene Thätigkeit verstärkte, ist für ihn in diesem Falle eine fremde Ursache des Schadens, für die er nicht haftet, weil er sie nicht voraussehen konnte. Dagegen haftet Jeder auch in diesem Falle ganz und es tritt somit Solidarität der Haftbarkeit ein, wenn objektiv die Thätigkeit eines jeden der selbständig Handelnden genügte, um den ganzen Schaden herbeizuführen. Diese Unterscheidung wird man freilich bei Laurent vergeblich suchen.

Ebensowenig aber paßt diese Heranziehung des Falles mehrerer selbständiger Delikte mit derselben Schadensfolge auf den in dem cit. Urtheil zur Entscheidung stehenden Fall, in welchem gerade nur ein Einziger den Schaden herbeigeführt haben kann, nur daß man diesen Haupt- und eigent-

lichen Thäter nicht kennt, — während umgekehrt die Anderen diesen Schaden offensichtlich nicht selbst herbeigeführt haben, sondern lediglich auf Grund ihres Theilnahmeverhältnisses haften, insofern ihr Wille die Thätigkeit des Einen mitumfaßte, oder diese Thätigkeit zum mindesten bei der gemeinschaftlichen Aktion vorausgesehen werden konnte. Hier liegt nur ein gemeinschaftlich begangenes Delikt vor, und die Mehreren würden nimmer für den Schaden haften, wenn ihnen dieser nicht auf Grund des Theilnahmeverhältnisses gleichfalls zugerechnet werden müßte.

Sind also die in Rede stehenden Fälle vollkommen verschiedene, und war kein Grund ersichtlich, zur Entscheidung des letzteren den ersteren herbeizuziehen, wenn man nicht annehmen will, daß das Reichsgericht nur habe sagen wollen, „im einen wie im anderen Falle werde eben von Jedem ganz gehaftet", so ist noch weniger diese Haftung Jedes auf das Ganze ein rein thatsächliches Verhältniß, wie an der cit. Stelle mit gesperrtem Druck hervorgehoben wird. Diese Behauptung verstößt gegen den feststehenden Begriff des Rechtsverhältnisses. Wenn selbst der Besitz als Rechtsverhältniß gilt, weil er eine rechtlich wirksame Thatsache bedeutet, so möchte ich wohl wissen, ob es nicht ein ganz eminentes Rechtsverhältniß ist: das Nebeneinanderstehen mehrerer unabhängiger Obligationen auf denselben Leistungsgegenstand (die Reparation eines nur einmal zu ersetzenden Schadens), nach dessen einmaliger Leistung sie alle untergehen müssen! Das ist so sehr ein Rechtsverhältniß, daß es eben nichts anderes ist — als einfache Solidarität; denn Solidarität ist nur der Name für ein Verhältniß, das dem obigen gleich ist. Wenn man es im französischen Rechte „unvollkommene Solidarität" genannt hat, weil das vom Gesetz behandelte und mit besonderen Wirkungen ausgestattete Korrealverhältniß auch den Namen „Solidarität" führt, so ist dies

nur der Versuch einer passenden Bezeichnung, deren Verbesserung freisteht, ohne daß die Rechtswirkungen des in Frage stehenden Verhältnisses geleugnet werden können; so wenig als die von Millionen Rechtsverhältnissen, welche darum nicht weniger bestehen, weil das Gesetz dieselben nicht alle anführen kann. Die Ausführungen von Savigny, Obligationenrecht I S. 141 und § 20, die das Reichsgericht an dieser Stelle citirt, sind von ihm im Hauptpunkte durchaus mißverstanden worden. Es handelt sich hier allerdings um das Verhältniß mehrerer unabhängiger Obligationen aus gleichem Entstehungsgrunde und mit gleichem Gegenstand. Dieselben üben aber nur solange keinen Einfluß aufeinander aus, als (wie nach reinem römischem Recht) der Leistungsgegenstand von jedem Schuldner ganz beigetrieben werden konnte: m. a. W. die Straffunktion der Deliktsklagen noch ausschließlich maßgebend war. Solange übten allerdings die nebeneinanderstehenden Obligationen und die Tilgung der einen oder anderen derselben keine Wirkung aufeinander aus, m. a. W. war das Nebeneinanderstehen ein rein thatsächliches Verhältniß ohne Rechtsfolgen. Anders, sobald der Entschädigungscharakter der Deliktsklagen zum Durchbruch gelangte. In demselben Augenblick, als dies geschah, wurde das Nebeneinanderstehen der verschiedenen Ersatzforderungen zu einem Rechtsverhältniß, weil der Ersatz nur einmal geleistet werden kann, und folglich die einmalige Leistung durch einen Schuldner die sämmtlichen anderen Schuldverhältnisse aufhebt. Vor der Anerkennung „einer dem Gesetze fremden, besonderen Art der Solidarität", gegen welche Laurent die seichtesten Gründe mit gewohnter Sicherheit vorbringt, scheint das Reichsgericht zurückgeschreckt zu sein. So bestrebte es sich, den rechtlichen Charakter des Verhältnisses zu ignoriren, und hielt sich lediglich daran, daß der Beklagte hafte. Das ging in diesem Falle, weil ein Weiteres nicht

zur Entscheidung stand; die letztere wurde von dem Fehler in der Auffassung nicht berührt. Die Entscheidung selbst wurde erst in dem Falle, von welchem im 33. Bande S. 348 die Rede ist[19]), nachtheilig beeinflußt.

In diesem Falle hat das Reichsgericht nämlich, weil es die Solidarität — oder ganz allgemein gesprochen, das Rechtsverhältniß, welches auf der Befreiung der übrigen Theilnehmer der unerlaubten Handlung durch einmalige Tilgung des Schadens seitens eines Theilnehmers beruht — verkannte bezw. mit dem auch hier wieder citirten vorbesprochenen Urtheil ignorirte, den Regreß des Zahlenden gegen die anderen Theilnehmer allgemein geleugnet. Die Entscheidung ist in diesem Punkte generell gefaßt. Es heißt daselbst (S. 350), daß es zwischen den verschiedenen Betheiligten

> an jedem gesetzlichen oder vertraglichen Bande, auf welches die Annahme eines solchen Rückgriffsrechts sich stützen lasse, mangele, daß ein solches namentlich auch nicht aus einem zwischen ihnen bestehenden Solidaritätsverhältnisse (im Sinne des Gesetzes) hergeleitet werden könne, da das Gesetz bei Civildelikten eine solidarische Haftung mehrerer Theilnehmer nicht ausspreche und . . .[20]) eine solche Haftung als vom Gesetzgeber gewollt nicht anzuerkennen sei . . . Insbesondere lasse sich auch nicht die

---

19) Urtheil vom 8. Mai 1894 Rep. II 77/94.

20) Hier wird der sattsam bekannte Grund aus Art. 1202 C. c.: daß die Solidarität nicht zu vermuthen sei, eine Vorschrift, die sich auf das vom Gesetz behandelte Korrealverhältniß beschränkt, und der Anm. 12 oben erwähnte Umstand, daß die Solidarität (d. i. eben das gesetzliche Korrealverhältniß) auf die Fälle einer kriminell geahndeten Theilnehmerschaft reduzirt sei, wieder vorgebracht, und die daraus gezogene Schlußfolgerung der II. Instanz gegen Solidarität der Haftung im entgegengesetzten Falle „als der Judikatur des Reichsgerichts entsprechend" erklärt.

Annahme eines Rückgriffsrechtes auf die Motivirung stützen, daß demjenigen von mehreren für den ganzen Schaden haftenden Theilnehmern eines Deliktes, durch dessen Ersatzleistung die übrigen befreit werden, der Anspruch aus nützlicher Geschäftsführung zustehe, und daß auch der allgemeine Rechtsgrundsatz, daß Niemand mit dem Schaden eines Anderen sich bereichern dürfe, zu Gunsten desselben in Betracht komme, da zunächst in einem solchen Falle der zahlende Mitverpflichtete seine eigene Schuld tilge, nicht aber fremde Geschäfte führe, und ebenso die Voraussetzungen einer ungerechtfertigten Bereicherung der Mitverpflichteten, welche die Grundlage für einen Ersatzanspruch bilden könnte, nicht vorlägen.

Es wird also zunächst auch hier wieder die solidarische Haftung der mehreren Theilnehmer, die jeder für den ganzen Schaden haften, während die einmalige Tilgung dieses Schadens alle befreit, um deswillen geleugnet, weil nicht alle Bestimmungen des im Gesetz geregelten Gesammtschuld- oder Korrealverhältnisses auf dieselbe passen. Weil letzteres Verhältniß nicht vermuthet wird und nur für kriminelle Theilnahmeverhältnisse anerkannt ist, soll auch das erstere reprobirt sein, trotzdem es, wie wir gesehen haben, eine immanente Eigenschaft des in Rede stehenden Verhältnisses ist[21]). Richtig ist nur so viel, daß aus der einfachen Solidarität, wie sie hier vorliegt, an sich allein der Regreß desjenigen, der das Ganze zahlen mußte, gegen die anderen Solidarschuldner noch nicht folgt, und daß sich namentlich das römische Recht in dieser Hinsicht sehr spröde

21) Insbesondere der französische Kassationshof nimmt denn auch konstant die Solidarität der Haftung der mehreren Theilnehmer an, lorsqu'il y a entre chaque faute et la totalité du dommage une relation directe et nécessaire. S. neuestes Urth. v. 11. Juli 1892, Sirey, Recueil 1892, I S. 505 und Cit.

verhielt. Aber die gleiche Sprödigkeit bewies es auch im Fall der Korrealität; und erst der neueren Rechtsentwickelung blieb es vorbehalten, diesen Formalismus der Auffassungsweise zunächst im letzteren Falle zu durchbrechen. So im gemeinen[22]) und ganz besonders durchgreifend im französischen Recht[23]). Nun sind gewiß die positiven Bestimmungen des letzteren über den Regreß der Korrealschuldner auf das hier in Rede stehende Verhältniß nicht zu übertragen; und wenn im Folgenden die Existenz eines Rückgriffsrechtes gleichwohl behauptet wird, so wird sich alsbald zeigen, daß der Regreß in wichtigen Punkten von dem gesetzlichen Rückgriffsrecht der Korrealschuldner abweicht. In der That liegt hier die Grundlage des gesetzlichen Regreßrechtes — das Societäts- bezw. Mandatsverhältniß der Korrealschuldner — nicht vor. Gleichwohl ist nicht zu leugnen, daß die anderen Theilnehmer, die Mitschuldner des Leistenden, durch die Zahlung des letzteren befreit sind, und daß der Regreß pro parte gegen die gleichfalls schuldigen, verantwortlich gewesenen, und nun ganz ohne ihr Verdienst entlasteten Miturheber des Schadens entschieden der Billigkeit entspricht. So sehr, daß im gemeinen Recht sogar der Versuch gemacht worden ist, aus dem gemeinsamen Delikt nicht eine bloße Solidar-, sondern eine Korrealobligation hervorgehen zu lassen, da auch hierauf im römischen Recht der rein pönale Charakter der Deliktshaftung von Einfluß gewesen sei[24]). So weit können wir nun in einem modernen Partikularrecht, das die nicht kriminelle Deliktshaftung von dem Bereiche seiner (korrealen) Gesammtschuldverhältnisse ausgeschlossen hat, unzweifelhaft nicht

---

22) S. Savigny, Obligationsrecht, I § 23 S. 240. Kohler in diesen Jahrbüchern, B. 25 S. 118. Dernburg, Pandekten, II § 73 i. f.

23) S. Kohler a. a. O. S. 121 ff. und meine Grundlehren d. fr. Obligationsrechts, § 19 S. 215 ff., 231 ff., § 22 S. 276 ff., 283 ff.

24) Unger in diesen Jahrbüchern, B. 22 S. 285 ff.

gehen; aber der Ausschluß des durch die Billigkeit geforderten Regresses folgt daraus noch nicht. Vielmehr ist gerade im französischen Rechte das Prinzip der Billigkeit in genereller Weise zu so ausschlaggebender Bedeutung gelangt, daß es den vorliegenden Fall im Rahmen eines allgemeinen Grundsatzes mit umfaßt. Dieser Grundsatz ist: daß Niemand sich auf Kosten eines Anderen ohne gerechtfertigten Grund bereichern darf; ein Grundsatz, der gewiß auch hier zutrifft, und den das Reichsgericht, auch ohne den Schatten eines Grundes vorzubringen, auf den vorliegenden Fall für unanwendbar erklärt hat.

Die hier in Rede stehende actio de in rem verso ist mit der gleichnamigen römischrechtlichen Klage nicht zu verwechseln. Letztere ist eine actio adiectitiae qualitatis, und hat gewisse eigenthümliche Beschränkungen auch da nicht abgestreift, wo sie als utilis auf Kontrakte mit gewaltfreien Personen ausgedehnt worden ist[25]). Hier bleibt derjenige Kontrahent, welcher die versio ermittelt, immer Zwischenperson; und wenn auch die Bereicherung des Beklagten aus dem Geschäft insofern Grundlage der Klage ist, als richtiger Ansicht nach keine Kenntniß der Versionsklägers von der genannten Eigenschaft seines Gegenkontrahenten zu verlangen ist[26]), so ist doch stets erforderlich, daß dieser Gegenkontrahent sich seiner Eigenschaft als Zwischenperson bewußt geblieben ist, m. a. W. im Interesse des Bereicherten gehandelt hat. Die letztere Schranke wurde aber von den französischen Praktikern schon im älteren Recht im Interesse der Billigkeit durchbrochen,

25) L. 7 § 3 Cod. quod cum eo qui in aliena est pot. 4, 26.

26) S. dazu die Entscheidungen des Reichsgerichts, B. 1 S. 143 ff., 159 ff., B. 21 S. 236 ff. Dernburg, Pandekten, II § 14 i. f. cf. Rocholl, Rechtsfälle aus der Praxis des Reichsgerichts, B. 1 (1883) S. 83 ff.

welche letztere (im Gegensatz zum römischen Klagensystem und seinem Formalismus) schon für sich allein als ausreichende Grundlage einer Civilobligation und folgeweise eines klagbaren Anspruchs angesehen wurde[27]). Die Klage wird dadurch zu einer erweiterten condictio sine causa: auf Rückforderung der Bereicherung aus grundlosen Erwerbungen aller Art, für welche nicht besondere Rechtsfiguren existiren. Wie käme das Gesetz sonst beispielsweise mit der einzigen Normirung der condictio indebiti[28]), ohne die Erwähnung irgend einer anderen Kondiktion, oder mit der Einschränkung der negotiorum gestio auf die Bedeutung eines Halbvertrages[29]) aus, der sich nicht bilden kann, wenn der Geschäftsherr dem Geschäfte widersprochen hat, oder wenn der Geschäftsführer in gewinnsüchtiger Absicht für sich handelte oder fremde Geschäfte in dem Glauben, es seien seine eigenen, besorgte; so daß die a. negot. gestorum auf alle diese letztgenannten Fälle nicht anwendbar ist[30]).

Derartige Lücken sind nur begreiflich, wenn man sich vor Augen hält, daß die Redaktoren des Gesetzes das Bestehen eines auf der naturalis ratio beruhenden subsidiären Anspruchs auf Ausgleichung einer ungerechtfertigten Bereicherung überall vorausgesetzt haben; um so mehr, als das Gebiet der Klagen ex professo in dem Gesetzbuch nirgendwo berührt wird, vielmehr solche allenthalben aus dem Begriffe des konkreten Rechts

27) S. z. B. Pothier, Quasi-contrat negot. gestio n. 181 ff.

28) S. Art. 1376—1381 C. civ., und über die Auffassung als Halbvertrag mein Handbuch d. fr. Civilrechts (auf der Grundlage von Zachariä), II §§ 410, 412, 412a Anm. 1.

29) Art. 1371—1375 eod.

30) Ueber das gemeine Recht in diesen Fällen s. Dernburg, Pandekten, II § 123. Ueber den Ausschluß der a. negot. gest. in denselben im franz. Recht s. mein Handbuch a. a. O., § 411 Anm. 2 und die Entscheidung des Reichsgerichts, Bd. 27 S. 331.

bezw. einzelnen zerstreut vorfindlichen Anwendungsfällen zu konstruiren sind. Diese Anheimgabe an die Wissenschaft ist sicherlich nicht zu bedauern; und was die Anwendungsfälle betrifft, so finden sie sich für die actio de in rem verso in nicht geringerer Anzahl als für jede andere Klage [31]).

Füllt also die Bereicherungsklage beispielsweise die Lücken der actio negot. gest. in dem Falle aus, wenn Jemand gegen den ausgesprochenen Willen eines Anderen in dessen Angelegenheiten gehandelt und den letzteren dadurch bereichert hat, wo auch das Reichsgericht Bd. 27 S. 331 mit Recht die actio de in rem verso angenommen hat, sofern der Handelnde nicht schenken wollte [32]), so ist es eine ähnliche Lücke, um welche es sich in unserem Falle bei der Frage nach dem Regreß unter den verschiedenen Deliktstheilnehmern auf Grund des Umstandes handelt, daß auf die Solidarität der Haftung die positiven Regreßbestimmungen des gesetzlich geregelten korrealen Gesammtschuldverhältnisses (Art. 1214 ff. C. civ.) nicht anwendbar sind. Auch hier besteht kein Zweifel, daß die von dem Verletzten nicht in Anspruch genommenen Betheiligten, weil der Ersatz nur einmal geleistet werden kann, durch die Aufwendung desjenigen Theilnehmers, der diese Leistung machte, von ihrer Reparaturverbindlichkeit befreit und dadurch bereichert sind. Die Bereicherung ist auch eine materiell ungerechtfertigte. Denn was haben die anderen Betheiligten für ihre Befreiung geleistet? Die Befreiung, die diese letzteren von ihrer Schuld durch die Aufopferung des Zahlenden erlangten, hat den Charakter

31) S. mein cit. Handbuch, I § 115 S. 322—323. S. auch Bd. II § 412 a, insbes. Anm. 8 a, wo auch die anderweit geregelten und daher ausscheidenden Fälle angegeben sind.

32) Und diese Absicht muß thatsächlich festgestellt sein. Sie wird nicht vermuthet. Die Literatur ist in dem betr. Urtheile selbst angeführt.

einer Zuwendung aus dessen Vermögen — einer Zuwendung, wie sie z. B. auch die inaedificatio, implantatio auf fremde Grundstücke mit sich bringt, ohne daß ein ausreichender Grund für die damit verbundene Vermögensveränderung vorliegt. Die Folge muß, wie überall in solchen Fällen, die sein, daß, wo die Rechtsveränderung bleibt, wenigstens die damit verbundene Vermögensveränderung auszugleichen ist. Man wende nicht ein, daß der Zahlende nur seine eigene Schuld getilgt habe, und daß es streitig sei, ob mit der actio de in rem verso über den Fall, da wenigstens objektiv die Führung eines fremden Geschäftes vorliegt, hinausgegangen werden könne[33]). Die letztere Frage kann hier auf sich beruhen, da im vorliegenden Falle in der That objektiv die Führung fremder Geschäfte, die Handlung des Zahlenden in Angelegenheiten der Mitbetheiligten durch Befreiung der letzteren von ihren resp. Verbindlichkeiten vorliegt; um deswillen nicht weniger, weil der Zahlende sich durch die Zahlung auch selbst befreit hat. Denn auf die Absicht, fremde Geschäfte zu führen, kommt bei dem Zahlenden nichts an; darüber besteht allgemeines Einverständniß[34]). Nun ist es ohne weiteres klar und kommt sehr häufig vor, daß die Interessen mehrerer Personen derartig objektiv miteinander verkettet sind, daß sie nur zusammen zur Befriedigung

---

33) So Laurent, Principes, Bd. 20. n. 334 ff. Selbst das Reichsgericht hat B. 27 S. 333 diese Anlehnung der Bereicherungsklage an die actio negot. gest. verworfen. Noch schärfer äußert sich der französische Kassationshof im Urth. v. 15. Juni 1892 Sirey, Recueil 1893, I S. 281.

34) Diese Absicht hat ja beispielsweise auch derjenige nicht, der die fremden Geschäfte, die er führt, für seine eigenen hält. Und doch giebt man ihm allgemein die actio de in rem verso. S. Pothier, negot. gestio 189. Larombière, Obligations, B. 7 zu Art. 1375 n. 16. Demolombe, Cours de C. civ., Bd. 31 n. 81. Laurent, Principes, B. 20 n. 334 u. A. S. auch Reichsgericht, Entsch., B. 22 S. 368.

gelangen können; daß die Befriedigung durch die Handlung der einen Person zugleich die Befriedigung des Interesses der anderen Personen mit sich führt. Für die Klarstellung dieser Verhältnisse hat sich insbesondere Kohler[35]) großes Verdienst erworben. Obschon der Handelnde hier nur seine eigenen Interessen schützt, giebt ihm das römische Recht doch einen Anspruch auf entsprechende Vertheilung des Aufwandes mittelst der Klage aus nützlicher Geschäftsführung und der verschiedenen Theilungsansprüche (actio communi dividundo utilis bezw. actio fam. herciscundae), cf. l. 6 § 2, l. 29 Dig. comm. div. l. 18 § 6 ff. l. 25 § 15 ff. D. fam. herc.; z. B. auf Ersatz des Aufwandes zur Wiederherstellung gemeinschaftlicher Mauern — ein Anwendungsfall, den auch der Code civil Art. 655 ff. ausdrücklich anerkennt. Also die Führung eigener und fremder Geschäfte zugleich schließt sich in vielen Fällen durchaus nicht aus, weil eben in concreto die eigene und fremde Interessensphäre sich nicht trennen lassen. Die Frage kann nur sein, wo hier die Grenze zu finden ist, wo der objektive Eingriff in die fremde Interessensphäre rechtlich nicht mehr relevant wird, wo nur noch ein mittelbarer Vortheil der Dritten aus den eigenen Handlungen des Gerenten vorliegt, wie Dritte aus denselben unter Umständen auch Nachtheile haben können, weil das Zusammenleben der Menschen häufig ein gewisses Uebergreifen der Einwirkung auf die eigene Rechts- und Interessensphäre in diejenige der Danebenstehenden mit sich bringt, die eben in gewissem Umfange ohne weitere Rechtsfolgen ertragen werden muß bezw. schmunzelnd hingenommen werden kann. Wie es keinem Zweifel unterliegt, daß bis zu gewissem Grade Rauch und Dünste bezw. andere Unannehmlichkeiten aus Handlungen des Nachbars ohne Ersatz

35) Die Menschenhülfe im Privatrecht, in dieser Zeitschrift, B. 25 S. 1, bes. S. 111 ff. S. auch ges. Abhandlungen, S. 190.

ertragen werden müssen, so sind andere Handlungen des Nachbars möglich, die er lediglich in eigenen Angelegenheiten vornimmt, die mir aber unvorhergesehene Vortheile gewähren, und die ich hinnehmen darf, ohne sie hinterher einem Anspruche aus ungerechtfertigter Bereicherung gegenüber vermögensrechtlich wieder ausgleichen zu müssen. Es ist eine ganze Anzahl von Beispielen, die Kohler[36]) hierzu gerade aus dem französischen Recht, dem Kreise der Bereicherungsklage, anführt. Wer einen Sumpf austrocknet, die üblen oder gesundheitsschädlichen Dünste dadurch beseitigt, der nützt dadurch auch den Nachbarn, hebt den Werth ihrer Grundstücke ꝛc., aber eine Bereicherungsklage hat er nicht; desgleichen wer den Wasserlauf auf seinem Terrain verbessert, einen Damm zur Sicherung gegen Ueberschwemmung aufwirft und dadurch mittelbar den Nachbargrundstücken einen Vortheil zufügt. In solchen Fällen ist die Einwirkung des eignen Handelns auf die fremde Rechtssphäre nur sekundär, rechtlich nicht mehr relevant; von einer ungerechtfertigten Bereicherung somit keine Rede.

Nichts Anderes als diese Fälle sind es denn auch, mit welchen Laurent seine These, daß es zur Begründung der Bereicherungsklage objektiv der Führung eines fremden Geschäfts bedürfe, belegt[37]). Wie man sieht, sind dabei große Unterscheidungen zu machen. Das Wort sagt gar nichts; denn es kommt erst darauf an, was man die „Führung fremder Geschäfte, die Einmischung in fremde Angelegenheiten" nennt. Damit kommen wir nicht weiter. Daß man eigene und fremde Geschäfte rechtlich relevant zusammen führen kann, aber übersieht er ganz, und auch das Reichsgericht, welches gegen ihn im 27. Bande S. 333 richtig Stellung genommen hatte, ist sich darüber in unserem Falle (B. 33 S. 350) in

36) Ztschr. a. a. O. S. 113.
37) Principes, Bd. XX n. 385.

keiner Weise klar geworden. Wenn der Usufruktuar und ebenso der Eigenthümer unabhängig von einander die den Gegenstand der Nutznießung bildende Sache versichert haben und die Versicherungssumme für die letztere (nicht für das gesonderte Interesse des einen oder anderen Berechtigten) geleistet ist, soll dann nicht der eine Theil die von dem anderen eingezogene ganze Summe antheilig herausverlangen dürfen [38])? Wenn zwei Personen in gleichem Grade [39]) zur Alimentation einer dritten verpflichtet sind und nur der Eine den Unterhalt gewährt bezw. auf Klage leisten muß, soll er keinen Rückgriff gegen seinen Mitverpflichteten haben, der in demselben Maß dadurch befreit wird, obschon er nichts leistet, während er doch ebenso sehr verpflichtet war, wie der Andere? Davon kann keine Rede sein. Vielmehr ist — ohne Rücksicht auf die Bestimmungen des hier nicht vorliegenden gesetzlichen Korrealverhältnisses — ein Regreß des Leistenden insoweit anzuerkennen, als der Andere durch die Zahlung bereichert ist, indem er durch dieselbe von seiner eigenen gleichen Verbindlichkeit ohne irgend eine Aufopferung befreit wurde. Der Leistende hat hier in nicht geringerem Maße eigene und fremde Geschäfte zugleich geführt, als es auch ein Korrealschuldner thut, wenn er die ihm und seinen Mitschuldnern obliegende Gesammtverbindlichkeit erfüllt. Auch der letztere zahlt an sich nur, weil er schuldig ist, und dennoch handelt er zugleich in Angelegenheiten seiner Mitschuldner, indem er sie durch seine Aufwendung befreit, weshalb ihm denn auch das gemeine Recht trotz des Mangels einer positiven Vorschrift, wie sie Art. 1214 C. civ. enthält, ohne Rücksicht auf das zu Grunde liegende Rechtsverhältniß

38) S. Kohler a. a. O. S. 118.

39) Gewisse Personen sind vor anderen alimentationspflichtig. Siehe hierzu und zum Folgenden mein Handbuch des franz. Civilrechts III § 522 S. 482 ff. zu Anm. 12—19.

den Regreß gegen seine Mitschuldner bereitwillig zugesteht[40]. Nicht anders ist es in dem Fall der sog. einfachen oder unvollkommenen Solidarität mehrerer Alimentationsverpflichteten oder derjenigen, welche aus einem gemeinschaftlich begangenen Delikt zur Herstellung desselben Schadens verpflichtet sind. Der Umstand, daß hier ebenso viele selbständige Obligationen vorliegen, als Schuldner vorhanden sind, kann in dieser Beziehung keinen Unterschied begründen[41]. Nur insofern besteht ein solcher, als gewisse positive Vorschriften des für Korrealverhältnisse gesetzlich sanktionirten Regreßrechts auf den vorliegenden Fall der bloßen Bereicherungskondiktion nicht übertragen werden können. Zwar ist auch hier der Rückgriff gegen die anderen Schuldner pro rata zu nehmen, und der Regredient, welcher gezahlt hat, hat seine eigene Rate selbst zu tragen; denn für mehr als seine Rate kann Niemand als bereichert angesehen werden. Nur insoweit jeder Schuldner mehr als seinen materiellen Antheil an der einmal zu bewirkenden Leistung prästirte, hat er zugleich die Geschäfte der Anderen geführt und letztere bereichert, und dieses Verhältniß ist wechselseitig. Daraus ergiebt sich die Beschränkung des Regresses auf die Rate als eine in der Sache selbst begründete Regel[42]. Mehr als die Rate kann somit auch dann in dem Regreßwege keinem Schuldner abverlangt werden, wenn einzelne derselben zahlungsunfähig sind. Den daraus entstehenden Verlust hat der Regreßnehmer zu tragen, in derselben Weise, wie der Gläubiger ihn zu tragen hätte, wenn ihm nicht mehrere

40) S. oben Anm. 22.

41) Das geht auch aus dem oben nach Anm. 35 erwähnten Beispiel betr. den Ersatz der Aufwendungen aus Wiederherstellung gemeinschaftlicher Mauern rc. deutlich hervor.

42) Auch anderwärts bewährt sich diese Regel, wenngleich aus anderen Gründen. S. meine Grundlehren des Obligationenrechts § 19 S. 231, bes. Anm. 71; § 22 Ziff. IV S. 295—296.

Schuldner jeder auf das Ganze sondern pro rata verpflichtet wären: z. B. in dem Falle, da der persönliche Antheil eines jeden Schuldners an dem angerichteten Schaden meßbar ist und die Solidarität der Haftung aus diesem Grunde überhaupt nicht eintritt. Wie hier der Gläubiger Gefahr läuft, den Antheil eines zahlungsunfähigen Schuldners zu verlieren, so besteht der Vortheil, den ihm die Unmöglichkeit einer solchen Abgrenzung und folgeweise die Haftung eines jeden Theilnehmers für den ganzen Schaden bietet, gerade darin, diese Gefahr auf den oder die in Anspruch genommenen Theilnehmer abwälzen zu können. Die positive Vorschrift des Art. 1214 C. civ., wonach der in Anspruch genommene Korrealschuldner diese Gefahr weiter auf die Gesammtheit der Verpflichteten abwälzen kann, indem verfügt wird, daß der aus der Zahlungsunfähigkeit eines Korrealschuldners entstehende Verlust auf sämmtliche zahlungsfähige Schuldner (den Regredienten mit eingeschlossen) zu vertheilen sei, beruht auf dem engeren Gemeinschaftsverhältnisse der correi debendi und ist auf den vorliegenden Fall nicht übertragbar. Anders nur bei der einfach solidarischen Verpflichtung mehrerer Personen zur Alimentation eines Verwandten, weil die Alimentationspflicht selbst die Leistungsfähigkeit des Schuldners voraussetzt (Art. 208 ff. C. civ.), der Zahlungsunfähige also überhaupt, und folglich auch im Regreßwege nicht verpflichtet ist. Der Antheil, den er andernfalls zu leisten hätte, ist also hier, ganz ähnlich wie bei Korrealität, auf die anderen Alimentationspflichtigen zu vertheilen.

Hieraus ersieht man wieder, wie die verschiedensten, dem Wesen der behandelten konkreten Institute eigenthümlichen Gründe zur Herstellung von äußerlich nahezu gleichen Resultaten führen können, ohne daß man deshalb eine Gleichheit dieser Institute selbst anzunehmen hätte. Gerade der umgekehrten

Anschauungsweise aber befleißigt sich das Reichsgericht in den cit. letzten Entscheidungen. Diesen Entscheidungen fehlt die Erkenntniß des inneren Wesens der betreffenden Institute und seiner daraus folgenden immanenten Wirkungen, im Gegensatz zu denen, welche durch positive Gesetzesbestimmungen äußerlich hinzugetragen sind. Nur so konnte es kommen, daß, wo der Buchstabe des Gesetzes fehlt oder nicht paßt, in rein äußerlicher Weise auch die entsprechende Wirkung schlechthin geleugnet, jede Aehnlichkeit der zur Entscheidung stehenden Verhältnisse mit der gesetzlichen Solidarität verneint, diesen Verhältnissen, was die Beziehung der verschiedenen Verpflichteten untereinander betrifft, der rechtliche Charakter überhaupt abgesprochen wurde! So wurde denn im letzteren Falle (Bd. 33 S. 348) die mit Recht als Rückgriffsanspruch aufgefaßte Klage a limine abgewiesen, während der richtigen Ansicht nach zu prüfen war, ob wirklich ein gemeinschaftliches Delikt vorlag, in welchem Falle der Regreß pro parte nicht versagt werden durfte.

Schon in meinen Grundlehren des franz. Obligationenrechts § 19 zu Anm. 28 ff. u. insbes. Anm. 34 hatte ich die Auffassung des Reichsgerichts, daß in den in Rede stehenden Fällen keine Solidarität vorliege, zurückgewiesen, wenngleich die Frage des Regresses, da sie mit dem behandelten Thema nur lose zusammenhing, in Anm. 31 nur auf das diskutable Gebiet reduzirt und im Uebrigen dahingestellt gelassen wurde. Zu dem daselbst erfolgten Angriff auf seine grundsätzliche Auffassung des in Frage stehenden Verhältnisses hat das Reichsgericht in dem cit. letzten Urtheil keine Stellung genommen, und ist, da diese seine Auffassung eine irrige war, naturgemäß zu einer Konsequenz gelangt, die vom Standpunkte der Theorie wie des praktischen Lebens in gleicher

Weise zu bedauern ist. Der Fluch der Isolirung der partikularrechtlichen Jurisprudenz zeigt sich hier wieder einmal in seiner ganzen Größe, und darf es bei einer derartigen Vernachlässigung der allgemeinsten Grundbegriffe und der bestehenden Literatur nicht Wunder nehmen, daß es mit der Praxis des Partikularrechts, die die ergangenen Entscheidungen des höchsten Gerichtshofes kritiklos hinnimmt, eher zurück als vorwärts geht.

---

Frommannsche Buchdruckerei (Hermann Pohle) in Jena. — 1433

IV.

# Besprechung reichsgerichtlicher Entscheidungen.

(Fortsetzung.)

## C. Bürgerliches Recht.

### 1. Das Recht der Einzelpersönlichkeit.

Besprochen von **Otto Gierke.**

#### a) Verschollenheit.

Bekanntlich verwirft das Reichsgericht die gemeinrechtliche Geltung einer Lebensvermuthung während der Verschollenheit; Erk. des III. Sen. v. 27. Juni 1884 b. Seuff. XL Nr. 92, v. 24. Mai 1887 ib. XLIII Nr. 2, v. 1. März 1889 nebst bestätigtem Erk. des O.L.G. Kiel v. 8. Okt. 1888 ib. XLIV Nr. 162, auch Erk. des VI. Sen. v. 27. Jan. 1887 ib. XLII Nr. 214. Neuerdings verneint es auch für das französische Recht jede Vermuthung für das Leben eines Abwesenden; Erk. des II. Sen. v. 20. Juni 1890 E.S. XXVI Nr. 72. Bei der theoretischen Begründung dieser Entscheidung der berühmten Streitfrage kommt es nicht über den Satz hinaus, daß das Leben eine Thatsache sei, deren Fortbestand der zu beweisen habe, der auf sie einen Anspruch gründe. Ein

entgegenstehendes gemeines Gewohnheitsrecht stellt es in Abrede. Auf die geschichtliche Entwicklung des Verschollenheitsrechtes, die durchaus für die Berechtigung der Lebensvermuthung spricht, geht es nicht ein. Auch enthält es sich einer Prüfung des praktischen Werthes der einen oder der anderen Ansicht. Es nimmt daher keinen Anstand daran, daß mit der Ablehnung der Lebensvermuthung ein unsicherer Rechtszustand entsteht, bei dem die vorläufige Ordnung der wichtigsten Lebensverhältnisse von den über die Vertheilung der Beweislast entscheidenden Zufälligkeiten abhängt und eine endgültige Erledigung der Zweifel niemals zu erfolgen braucht; daß nun, wenn dem Verschollenen eine Erbschaft anfällt, dessen Vertreter zwar nicht auf die Herausgabe der Erbschaft klagen, ebensowenig aber von dem nächstberufenen Erben auf Herausgabe der etwa in seinen Besitz gelangten Erbschaft beklagt werden kann; daß der, mit dem der Ehegatte des Verschollenen vor Eintritt der Todesvermuthung eine Ehe geschlossen hat, die Nichtigkeitserklärung dieser Ehe nicht durchzusetzen vermag (Erk. des R.G. v. 27. Jan. 1887 a. a. O.), während er doch auch nicht in der Lage ist, sich durch Feststellung der Gültigkeit der Ehe vor deren etwaiger späterer Umstoßung zu sichern.

### b) Rechtsfähigkeit der Religiosen.

Von großer Bedeutung ist das Erk. des O.L.G. Frankfurt v. 30. Mai 1892 (b. Seuff. XLVIII Nr. 167 S. 257—261), das dem Ordensgeistlichen nach gemeinem Rechte die Parteifähigkeit abspricht. Der deutschrechtliche Satz, daß der Mönch als verstorben gelten solle, sei freilich dem gemeinen Rechte fremd; er habe schon zur Zeit der Abfassung des preußischen Landrechts nicht mehr in Kraft gestanden, sei vielmehr von diesem Gesetzbuch bewußt wiederhergestellt

worden. Allein auch nach gemeinem Rechte könne der Ordensgeistliche nichts für sich besitzen oder erwerben. Das justinianische Recht behandle ihn allerdings als parteifähig. Nach kanonischem Rechte aber gehe „seine bisherige vermögensrechtliche Persönlichkeit" unter: „er hört kraft des Zusammenwirkens der beiden Gelübde der Armuth und des Gehorsams auf, ein selbständiges dispositionsfähiges Mitglied der menschlichen Gesellschaft und Subjekt von privaten Rechten und Verbindlichkeiten zu sein". Folglich sei er auch nicht parteifähig: „denn wer rechtlich unfähig ist, Vermögen zu besitzen, der kann weder auf aktiver noch auf passiver Seite Subjekt eines vermögensrechtlichen Prozesses sein." Die durch die Oberen beschränkte und nur zu Gunsten des Klosters wirksame Handlungsfähigkeit ändere hieran nichts. Durch Art. 10 der Preuß. V.U., der nur den bürgerlichen Tod als Strafe abschaffe, sei so wenig die gemeinschaftliche Vermögensunfähigkeit der Religiosen wie der landrechtliche Klostertod beseitigt. Auf Grund dieser Erwägungen erklärt der Gerichtshof jede vermögensrechtliche Klage gegen einen dem Kloster Beuron in Hohenzollern angehörigen Mönch für unzulässig und weist, da die in § 1167 des Preuß. A.L.R. II, 11 zu Gunsten älterer Gläubigerrechte getroffene Ausnahmebestimmung für das gemeine Recht nicht in Betracht komme, auch eine Klage wegen der vor der Profeßleistung kontrahirten Schulden zurück. „Die an sich vielleicht zutreffende Erwägung, daß die Annahme einer Parteiunfähigkeit der Religiosen in Fällen wie dem vorliegenden ebenso der natürlichen Auffassung wie namentlich dem modernen Rechtsgefühl widerstrebe", könne dem Kläger nicht zu einer günstigen Entscheidung verhelfen.

Es ist auffällig, daß die vom O.L.G. Frankfurt behandelte Frage in neuerer Zeit der Rechtsprechung sonst nicht vorgelegen zu haben scheint. Die zu der Ueberschrift ange-

führten beiden älteren Entscheidungen in Seuffert's Archiv behandeln sie nicht; die eine (Erk. des Berliner Kassations- und Revisionshofes v. 25. Jan. 1834 ib. II Nr. 202) spricht den Ordensgeistlichen die Fähigkeit zu, Testamentszeugen zu sein, die andere (Erk. des Obst.L.G. f. Bayern v. 8. Okt. 1885 ib. XLI Nr. 116) verneint die Erbunfähigkeit der Mitglieder von Kongregationen mit votum simplex (im vorliegenden Falle der armen Schulschwestern), weil sie nicht gleich den Mitgliedern eines Ordens mit votum sollenne absolut vermögensunfähig seien. Auch in den in der Begründung (S. 260) angeführten bayrischen Entscheidungen (aus Seuffert's Bl. f. Rechtsanw. XXVI S. 292 ff. u. 362 ff.), die einem ehemaligen Mönche die Rechts- und Parteifähigkeit zubilligen, ist die hier zu lösende Frage nicht direkt beantwortet. Man wird indes kaum bezweifeln können, daß die vom O.L.G. Frankfurt ertheilte Antwort dem geltenden gemeinen Rechte entspricht. Nur hätte der Gerichtshof nicht so reden dürfen, als gäbe es hiernach überhaupt für den Gläubiger keine Möglichkeit, seine Forderung geltend zu machen, und als wäre somit die Profeßleistung ein geeignetes Mittel, gültig kontrahirte Schulden einfach abzuschütteln! Ein derartiger Rechtszustand ist undenkbar. Nothwendig muß vielmehr, wenn die Klage gegen den Mönch versagt wird, eine Klage gegen das Kloster, in dem seine Persönlichkeit aufgegangen ist, gewährt werden. Die vermögensrechtliche Persönlichkeit dessen, der sich der Welt begiebt, fällt nicht ins Leere. Nach deutschem und preußischem Recht geht sie in gleicher Weise wie durch natürlichen Tod unter. Ihr Rückstand gilt daher als Nachlaß, die Erbfolge wird eröffnet, und das Vermögen fällt an die Erben, gegen die auch die Gläubiger ihre Forderungen als Ansprüche an den Nachlaß geltend machen können. Nach kanonischem und gemeinem Recht geht die vermögensrechtliche Persönlichkeit

mit der Profeßleistung auf das Kloster über. Das Vermögen des Ordensgeistlichen fällt, soweit nicht Staatsgesetze Schranken ziehen, an das Kloster. Dieser Rechtsvorgang kann nur als Universalsuccession konstruirt werden. Das Kloster tritt daher auch in die vermögensrechtlichen Verbindlichkeiten des Ordensgeistlichen ein und kann von dessen Gläubigern auf Erfüllung, sei es schlechthin, sei es doch bis zum Belaufe der überkommenen Aktiva, belangt werden. Der Ordensgeistliche ist als Individuum vermögensunfähig, als Glied eines Ganzen dagegen kann er für das Kloster Vermögen erwerben und besitzen. So muß auch im Prozesse, wenn ihm die individuelle Parteifähigkeit fehlt, das Kloster für ihn als Partei eintreten.

Mit der Rechtsstellung einer russischen Nonne beschäftigt sich das Erk. des R.G. (IV. Sen.) v. 13. Juli 1893 (E.S. XXXII Nr. 46). Ihr wird auf Grund des russischen Rechtes beschränkte Rechtsfähigkeit und darum auch Parteifähigkeit und Prozeßfähigkeit zuerkannt, dagegen neben der Fähigkeit zum Besitze von unbeweglichem Vermögen auch die Erbfähigkeit abgesprochen.

Beide Erkenntnisse gehen von dem richtigen Grundsatze aus, daß über die Rechtsfähigkeit eines Menschen dessen Personalstatut (also nach gemeinem wie preußischem Rechte die lex domicilii) entscheidet. Trotzdem billigt das Erk. des R.Ger. die Erwägung des Berufungsrichters (O.L.G. Posen), „daß die Beklagte nach §§ 1199 ff. A.L.R. II, 11 nicht fähig sei, Erbschaften zu erwerben, und daß diese im öffentlichen Interesse erlassene Bestimmung selbst dann Anwendung finden müßte, wenn das ausländische Recht eine entgegenstehende Anordnung enthielte" (S. 178). Die Erbunfähigkeit ist indes im preußischen Landrecht nur eine Folge des Satzes, daß der Ordensgeistliche als verstorben erachtet werden soll. Ein Grund, warum gerade diese einzelne Wirkung des Klostertodes auch

für ausländische Ordensgeistliche eintreten soll, ist nicht ersichtlich. Sollen aber, wie dies die Kammergerichtsentscheidungen bei Johow VI S. 27 und Dernburg, Preuß. P.R. I § 40 Anm. 4 verlangen, die §§ 1199 ff. überhaupt auf ausländische Ordensgeistliche Anwendung finden, so kann diesen vor einem preußischen Gerichte auch keine Parteifähigkeit eingeräumt werden. Denn wer für das bürgerliche Recht als verstorben gilt, kann doch keinen Civilprozeß führen! Das Reichsgericht irrt daher auch, wenn es behauptet, die von der Revisionsschrift angezogenen Ausführungen bei Johow, Dernburg und v. Bar sprächen nicht gegen die Anwendung des russischen Rechtes, weil sie „sich speziell nur auf die Handlungs- und Erwerbsfähigkeit beziehen", den Grundsatz der Beurtheilung der Rechtsfähigkeit nach der lex domicilii aber im Allgemeinen als richtig anerkennen (S. 175). Hierbei übersieht es überdies, daß v. Bar gleich Stobbe und Anderen in der That diesen Grundsatz verwirft und zwar die Handlungsfähigkeit nach dem Personalstatut, dagegen die Rechtsfähigkeit der lex fori beurtheilt wissen will (vgl. mein Deutsch. Privatr. I S. 221 Anm. 14).

### c) Beschränkte Handlungsfähigkeit.

Unter den Entscheidungen über die Handlungsfähigkeit der Minderjährigen ist das Erk. des R.G. (V. Sen.) vom 8. Jan./1. Febr. 1890 (E.S. XXV Nr. 60 S. 284—287) voranzustellen, das im Bereiche des Preuß. Ges. v. 12. Juli 1875 abweichend von der älteren preußischen Praxis mit Recht bei einem formbedürftigen Rechtsgeschäfte des Minderjährigen die Wahrung der Formerfordernisse bei dessen eigener Handlung für ausreichend und die Formlosigkeit des väterlichen Konsenses für unschädlich erklärt, weil der das Rechtsgeschäft Abschließende der Minderjährige selbst sei. Zuzustimmen ist auch dem Erk.

des R.G. (VI. Sen.) v. 9. Juli 1891 (E.S. XXVIII Nr. 61), wenn es den Engagementsvertrag einer minderjährigen Schauspielerin mit den üblichen hohen Konventionalstrafen nicht zu den durch § 9 des Preuß. Ges. v. 12. Juli 1875 erleichterten Dienst- und Arbeitsverträgen rechnen, sondern als Begründung eines Erwerbsgeschäftes im Sinne des § 5 des Gesetzes auffassen und demgemäß an obervormundschaftliche Mitwirkung binden will. Schon im Erk. des R.G. v. 12. Juni 1884 (E.S. XI Nr. 74 S. 324) ist festgestellt, daß nach dem § 3 des erwähnten Preuß. Ges. der Minderjährige durch formloses Anerkenntniß des während der Minderjährigkeit ungültig geschlossenen Geschäftes nach erreichter Selbständigkeit verpflichtet wird, wie dies dem gemeinen Rechte entspricht (vgl. Erk. des O.L.G. Darmstadt v. 17. Febr. 1883 b. Seuff. XXXIX Nr. 87), nach Preuß. A.L.R. I, 5 § 37 dagegen es nicht der Fall war. Die Fähigkeit des Minderjährigen, ohne Zuziehung des Vormundes die eigene Volljährigkeitserklärung zu beantragen, ist für das gemeine Recht im Erk. des O.L.G. Braunschweig v. 9. Sept. 1887 (b. Seuff. XLIV Nr. 260) anerkannt. Unter den privilegia minorum ist die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach § 210 der C.P.O. gegen jede Art von prozessualer Versäumniß unzulässig (vgl. dazu Erk. des R.G. v. 1. Febr. 1887, E.S. XVII Nr. 17, und des O.L.G. Cassel v. 15. März 1889 b. Seuff. XLIV Nr. 112), wird aber in der gemeinrechtlichen Praxis noch gegen rechtsgeschäftliche Handlungen des Vertreters (wie z. B. im Erk. des R.G. vom 6. Mai 1884, E.S. XV Nr. 41, gegen eine vom Vater für minderjährige Hauskinder vollzogene Aktienzeichnung und im Erk. des Obst.L.G. f. Bayern v. 8. Okt. 1891 b. Seuff. XLVII Nr. 178 gegen die Ausschlagung einer dem minderjährigen Hauskinde angefallenen Erbschaft durch den Vater) ertheilt; im Gebiete des Preuß. Ges. v. 12. Juli 1875 ist

sie auch gegen rechtsgeschäftliche Handlungen beseitigt (§ 9), kann aber noch gegen sonstige nachtheilige Veränderungen durch Zeitablauf oder Versäumniß (wie z. B. nach dem Erk. des R.G. v. 8. April 1881 E.S. IV Nr. 46 gegen Verlust des aus einem Versicherungsvertrage erworbenen Rechts durch Versäumung der vereinbarten Klagfrist) gewährt werden. Der durch Art. 149 des H.G.B. verordnete Wegfall des Verjährungsprivilegs der Minderjährigen, kraft dessen wider sie keine kürzere als dreißigjährige Verjährung zu laufen beginnt, für die fünfjährige Verjährung der Klagen gegen offene Handelsgesellschafter ist nach dem Erk. des R.G. (III. Sen.) v. 22. März 1892 (E.S. XXIX Nr. 9) nicht auf andere Fälle abgekürzter Verjährung und daher auch nicht auf die fünfjährige Verjährung der Ansprüche gegen Vorstandsmitglieder, Aufsichtsrathsmitglieder und Liquidatoren von Aktiengesellschaften und Aktienkommanditgesellschaften nach Art. 204, 213b, 226 und 241 des H.G.B. auszudehnen. Das gemeinrechtliche Zinsprivileg der Minderjährigen, kraft dessen sie vom Tage der Fälligkeit an ohne Mahnung Zinsen fordern können, wird nach dem Erk. des O.L.G. Oldenburg v. 13. Mai 1891 (bei Seuff. XLVII Nr. 13) auch durch väterlichen Nießbrauch an der Forderung nicht ausgeschlossen.

Hinsichtlich der Frauen sei bemerkt, daß das Reichsgericht in dem Erk. v. 3. Nov. 1885 (E.S. XV Nr. 7), das nicht bloß sachlich, sondern auch wegen der Zulassung der Revision gegen die abweichende Deutung des Partikularrechts durch das O.L.G. Stuttgart Bedenken erregt, die Bestimmungen des Württemb. Ges. v. 21. Mai 1828 über die Intercession der Frauen nicht als Beschränkung der Handlungsfähigkeit, sondern als bloße Formvorschrift ausgelegt hat. Zuzustimmen ist dem Reichsgericht, wenn es zwar bei der Beurtheilung der deutschrechtlichen Systeme des ehelichen Güterrechts auf die

ehemännliche Munt als Quelle der überwiegenden Befugnisse und Pflichten des Ehemannes zurückgreift (vgl. z. B. E.S. I Nr. 140, XVI Nr. 32 u. XXIII Nr. 39), jedoch die Frage nach der allgemeinen Handlungsfähigkeit der Ehefrau im heutigen Rechte für unabhängig von der Gestaltung des ehelichen Güterrechts erklärt (E.S. IV Nr. 67). Mit Recht nimmt es daher im Erk. v. 17. Mai 1892 (E.S. XXIX Nr. 33) an, daß gemeinrechtlich auch durch die allgemeine Gütergemeinschaft die Handlungsfähigkeit der Ehefrau nicht beschränkt wird. Dieses Ergebniß wird auch durch den bei seiner geschichtlichen Begründung unterlaufenden Irrthum, daß im alten deutschen Recht die ehemännliche Munt auf die Handlungsfähigkeit der Frau überhaupt nicht eingewirkt habe, nicht in Frage gestellt. Andererseits erkennt das Reichsgericht die partikularrechtliche Ausgestaltung der ehemännlichen Munt zu einer ehelichen Vormundschaft an und lehnt im Erk. v. 13. Juli 1886 (E.S. XVI Nr. 32) mit Recht die Behauptung ab, daß die eheliche Vormundschaft, wie sie z. B. das Ditmarser Landrecht ausgebildet hat, durch § 102 der Preußischen Vormundschaftsordnung aufgehoben sei. Die ehemännliche Gewalt des Preußischen Landrechts sieht es nicht als Vormundschaft an; Erk. v. 5. März 1887 b. Seuff. XLII Nr. 253. Es tritt daher auch im Erk. v. 17. Febr. 1886 (E.S. XV Nr. 58) der vom O.L.G. Naumburg durchgeführten Auffassung entgegen, als werde eine Frauensperson durch ihre Verheirathung „ihren eignen Geschäften vorzustehen unfähig“. Soweit aber durch die ehemännliche Gewalt des preußischen Rechtes die Handlungsfähigkeit der Ehefrau beschränkt wird, läßt es diese Rechtsfolge unabhängig von dem geltenden System des ehelichen Güterrechts eintreten; Erk. v. 18. Febr. 1881 E.S. IV Nr. 67. Mit der durch § 51 der C.P.O. den Ehefrauen verliehenen selbständigen Prozeßfähigkeit fällt natürlich jede

partikularrechtliche Einschränkung ihrer Handlungsfähigkeit für Prozeßhandlungen fort. In der Prozeßfähigkeit ist jedoch nach der richtigen Auffassung des Reichsgerichts nicht die Fähigkeit zum Abschluß eines Vergleiches enthalten, da der Vergleich keine Prozeßhandlung, sondern ein Rechtsgeschäft ist; Erk. v. 24. Juni 1887, E.S. XIX Nr. 69; vgl. auch Erk. v. 6./21. Mai 1891 b. Seuff. XLVIII Nr. 64. Ueberdies deckt sich selbstverständlich die Prozeßfähigkeit nicht mit der Prozeßbefugniß. Die Ehefrau ist daher nach wie vor ohne Zuziehung des Ehemannes weder aktiv noch passiv zum Prozesse legitimirt, wenn es sich um einen Gegenstand handelt, über den sie nach dem bestehenden ehelichen Güterrechte nicht allein zu verfügen befugt ist; Erk. d. R.G. v. 13. Febr. 1889 b. Seuff. XLIV Nr. 194 u. v. 28. Sept. 1891 E.S. XXVIII Nr. 73.

Den Geisteskranken erkennt die gemeinrechtliche Praxis in lichten Zwischenräumen und überhaupt nach dem Maße ihrer Einsicht Handlungsfähigkeit zu (vgl. Erk. des R.G. v. 28. Mai 1884 b. Seuff. XL Nr. 5 und des O.L.G. Stuttgart v. 25. Okt. 1889 ib. XLVII Nr. 93), während sie andererseits auch aus bloßer Geistesschwäche unter Umständen Handlungsunfähigkeit folgen läßt (vgl. Erk. des Obst. L.G. f. Bayern v. 19. Dez. 1884 b. Seuff. XL Nr. 177 und über Entmündigung wegen hochgradiger Geistesschwäche Erk. d. R.Ger. v. 1. Dez. 1885 E.S. XIV Nr. 60). Auf die Folgen der Nichtigkeit eines von einem handlungsunfähigen Geisteskranken abgeschlossenen Rechtsgeschäftes bezieht sich das Erk. des R.G. v. 25. Okt./8. Nov. 1893 (E.S. XXXII Nr. 78); hier wird gegen einen Bankier, der von einem Geisteskranken Werthpapiere für 11000 Mark gegen sofortige Auszahlung von 3000 Mark und mit dem Auftrage zur Veräußerung des Restes empfangen hatte, mit Recht nicht, wie in den Vorinstanzen (L.G. Dortmund und O.L.G. Hamm) geschehen war,

ein Ersatzanspruch wegen des ganzen Betrages von 11000 Mark, sondern nur ein Anspruch auf das Empfangene abzüglich der 3000 Mark zugelassen, da das Geschäft nicht zerrissen werden könne und der Bankier nur um so viel bereichert sei.

Daß der Verschwender gemeinrechtlich kein Geisteskranker und die cura prodigi wesensverschieden von der cura furiosi ist, führt das Erk. d. Obst. L.G. f. Bayern v. 24. März 1893 (b. Seuff. XLIX Nr. 99) aus; es folgert hieraus, daß die cura prodigi aufzuheben ist, sobald der Bevormundete kein Verschwender mehr ist, mag er auch geisteskrank sein. Zur Entmündigung wegen Verschwendung genügt nach dem Erk. des R.G. (III. Sen.) v. 15. Mai 1888 (E.S. XXI Nr. 28) wirthschaftliche Unthätigkeit und Trunksucht zwar nicht für sich allein, wohl aber in Verbindung mit dem Hange zur Vermögensvergeudung, wenn auch übermäßige oder unnütze Geldausgaben nicht erweislich sind. Bedenklich ist es, wenn im Erk. d. O.L.G. Oldenburg v. 9. Juni 1888 angenommen wird, das vom Sohne dem Vater geleistete Versprechen, die Anfechtungsklage gegen einen von diesem erwirkten Entmündigungsbeschluß zurückzunehmen, verstoße nicht gegen die guten Sitten und stehe der Anfechtungsklage entgegen. Auf die eigene Handlungsfähigkeit kann, wie das Erk. des R.G. v. 16. März. 1881 (E.S. IV Nr. 47) richtig ausführt, unter keinen Umständen wirksam verzichtet werden!

Bei der Minderung der Handlungsfähigkeit durch körperliche Gebrechen unterscheidet das Erk. d. R.G. v. 16. Febr. 1893 (E.S. XXXI Nr. 48) im Gebiete des preußischen Landrechts dauernde Gebrechen, durch die nach der Annahme des Gesetzes „die Geschäftsfähigkeit im Allgemeinen geschmälert" wird, und vorübergehende Zustände, die nur thatsächlich die Möglichkeit einer Willenserklärung einschränken; nur auf Fälle der ersten Art will es die Formvorschrift des § 123 Preuß. A.L.R. I,

12 beziehen, so daß bei der Testamentserrichtung zwar ein Stummer nur schriftlich, dagegen ein zur Zeit der Sprache nicht Mächtiger auch durch Kopfnicken die vorgelegte Frage beantworten kann.

Keine Minderung der Handlungsfähigkeit, sondern lediglich eine Minderung der Handlungsbefugniß tritt nach der vom Reichsgericht durchweg angenommenen und in verschiedener Richtung durchgeführten Auffassung für den Gemeinschuldner ein; vgl. bes. Erk. v. 11. Dez. 1884, E.S. XIV Nr. 115, v. 21. Jan. 1885, ib. Nr. 116, v. 22. Jan. 1892, ib. XXIX Nr. 21, u. v. 30. März 1892, ib. Nr. 10 S. 32 ff.

d) Standesrecht des hohen Adels.

Als Quellen des fortgeltenden Sonderrechtes des hohen Adels erkennt das Reichsgericht in erster Linie die autonomische Satzung und die Observanz des einzelnen Hauses und dahinter das „gemeine deutsche Privatfürstenrecht“ an. Diesen Normen räumt es den Vorrang vor allen nicht zwingenden Landesgesetzen ein; Erk. v. 4. Febr. 1890, E.S. XXVI Nr. 26 S. 149 ff. u. 155 ff. Ihren Geltungsbereich bestimmt es personal, nicht territorial, so daß sie auch die im Auslande wohnenden Mitglieder eines hochadligen Hauses binden und von den deutschen Gerichten selbst dann, wenn der fremde Staat sie verwirft, auf deren im Familienzusammenhange wurzelnde Verhältnisse anzuwenden sind; Erk. v. 7. Mai 1880, E.S. II Nr. 39 S. 149—150. Daß dies richtig ist, ergiebt sich aus Begriff und Geschichte des Privatfürstenrechts und entspricht den allgemeinen Regeln über den Geltungsbereich der auf genossenschaftliche Verhältnisse bezüglichen Rechtsnormen. Unanfechtbar ist auch der vom Reichsgericht hieraus gezogene Schluß, daß eine nicht standesgemäße Ehe, die ein

im Auslande wohnhafter Standesherr dort geschlossen hat, trotz der ihr vom ausländischen Rechte beigelegten Vollwirksamkeit in Deutschland als Mißheirath zu behandeln ist und somit für Frau und Kinder nicht das Recht begründet, in Deutschland den Namen und das Wappen des Geschlechtes zu führen. Die hiergegen von Dernburg (Pand. I § 46 Anm. 11) erhobenen Bedenken sind ungerechtfertigt, da aus der von ihm zugestandenen Nichtzugehörigkeit zu dem deutschen hochadligen Geschlechte nothwendig der Ausschluß von den die Zugehörigkeit zu dem Geschlechte ausdrückenden Persönlichkeitszeichen folgt. Hinsichtlich des autonomischen Rechtes der einzelnen Familien nimmt das Reichsgericht mit Recht an, daß Satzungen eines standesherrlichen Hauses nach Art. 14 der Bundesakte beim Souverän nur zur Kenntnißnahme, nicht zur Bestätigung vorgelegt zu werden brauchen, daß sie daher gemeinrechtlich auch ohne landesherrliche Genehmigung gelten und daß die Tragweite abweichender landesgesetzlicher Vorschriften durch die Wirkungen des Unterthanenverhältnisses begrenzt wird; Erk. v. 4. Febr. 1890, E.S. XXVI Nr. 26 S. 142 u. 159. Ebenso hat sich das Reichsgericht mehrfach zu der richtigen Ansicht bekannt, daß auch die zur Zeit des alten Reiches erlassenen Hausgesetze und die Familienverträge oder Testamente, in die sie eingekleidet wurden, einer kaiserlichen Bestätigung an sich nicht bedurften; a. a. O. S. 158, sowie Erk. v. 19. April 1887, E.S. XVIII Nr. 42 S. 202. Auch im Erk. des II. Sen. v. 5. Dez. 1893 (E.S. XXXII Nr. 38 S. 149—150) behauptet es nicht das Gegentheil, stellt aber den gewagten Satz auf, daß der Stifter einer Primogeniturordnung für ein reichsgräfliches Haus vom 14. April 1767 diese von ihm dem Kaiser zur Bestätigung vorgelegte und hierbei als „Privileg" aufgefaßte Satzung nur insoweit habe begründen wollen, als der Kaiser sie

konfirmiren würde. Es meint daher, der § I der Primogeniturordnung, der zu ebenbürtiger Ehe Gemahlinnen „aus reichsfürstlichen oder altreichsgräflichen Häusern" fordere, sei nicht in Kraft getreten, weil der Kaiser die Konfirmation vom 23. Okt. 1770 mit dem Bemerken ertheilt habe, „daß Wir uns dieserhalb begebenden Falles Unsere alleinige allerhöchste Kognition vorbehalten". Hierin liege eine unzweideutige Versagung der Anerkennung. Der Kaiser habe sich bei geringerem Stande die Entscheidung über die Frage der Standesmäßigkeit von Fall zu Fall vorbehalten und es somit zunächst beim gemeinen Rechte belassen. Jetzt sei die Möglichkeit einer vom gemeinen Recht abweichenden kaiserlichen Entscheidung weggefallen und somit das gemeine Recht allein maßgebend. Indes abgesehen davon, daß bei der in jener Zeit allgemein verbreiteten Rechtsüberzeugung, es bedürfe der kaiserlichen Bestätigung nur zur mehreren Sicherheit, die einschränkende Auslegung des Satzungswillens wenig einleuchtet, darf dem Kaiser schwerlich die Absicht untergeschoben werden, sich eine seinen Machtbereich überschreitende willkürliche Bestimmung der Standesmäßigkeit im Einzelfalle beizulegen. Näher liegt vielmehr die Annahme, der Kaiser habe sich nur die Entscheidung über die Zugehörigkeit zu einem reichsfürstlichen oder altreichsgräflichen Hause und etwa auch über die Wirkung einer von ihm vollzogenen Standeserhöhung vorbehalten wollen. Dann aber wäre der § I heute unbedingt maßgebend. Auf jeden Fall übrigens hätte der § I als Zeugniß für die in der Familie hergebrachte Rechtsanschauung verwerthet werden müssen, wenn die anscheinend zu Unrecht gar nicht aufgeworfene Frage nach dem Vorhandensein einer Familienobservanz geprüft worden wäre.

Als zweifellose Rechtsfolge der Mißheirath eines Mitgliedes des hohen Adels erkennt das Reichsgericht den Aus-

schluß des unebenbürtigen Ehegatten und der aus der Ehe abstammenden Nachkommen von dem Standesrechte des hohen Adels und dem Hausrechte der einzelnen Familie an. Im Erk. v. 19. April 1887 (C.S. XVIII Nr. 42 S. 214—216) stellt es fest, daß gemeinrechtlich der Mißheirathende selbst keinen Rechtsverlust erleidet, erklärt aber eine hausgesetzliche Bestimmung, die dem Mißheirathenden selbst die Successionsfähigkeit in das Hausvermögen abspricht, für gültig und schließt auf Grund einer derartigen Satzung des Anhalt-Bernburg-Schaumburg'schen Hausrechtes eine sonst nächstberufene oldenburgische Prinzessin von der Succession in die Grafschaft Holzappel aus, weil sie, während das Hausgesetz mindestens gräflichen Stand verlangt, einen Baron geheirathet hat. Mit der Frage nach der Einwirkung der das Institut der Mißheirath beseitigenden französischen Zwischengesetzgebung auf damals bestehende oder eingegangene Ehen beschäftigt sich das Erk. des R.G. v. 30. Juni/10. Juli 1890 (b. Seuff. XLVI Nr. 167). Es nimmt mit Recht an, daß eine vor dem Eintritte der Rechtswandlung geschlossene unebenbürtige Ehe seit dem Inkrafttreten des Art. 14 der Bundesakte wieder als Mißheirath erschienen und ein nach diesem Zeitpunkte aus ihr geborenes Kind nicht successionsfähig sei. Wenn es trotzdem die Möglichkeit zugiebt, nicht nur eine unter der Herrschaft des französischen Rechtes eingegangene Ehe anders zu behandeln, sondern auch mit dem Erk. des Preuß. O.Trib. v. 21. Dez. 1849 (Entsch. XIX S. 229 ff.) einem aus einer älteren Ehe unter der Herrschaft des französischen Rechtes geborenen Kinde ein wohlerworbenes Successionsrecht zuzusprechen, so ist ihm nur im ersten, nicht aber im zweiten Punkte beizutreten. Denn allerdings kann, wer bei der Eingehung einer Ehe alle von den ihn zur Zeit beherrschenden Rechtsordnungen aufgestellten Erfordernisse einer vollwirksamen Ehe erfüllt, den Fortbestand

der Vollwirksamkeit seiner Ehe für alle Zukunft begehren. Wird aber eine Ehe, die unter Nichtbeobachtung der Anforderungen des geltenden Standesrechtes geschlossen war, nach Wiederstellung dieses zeitweise beseitigten Standesrechtes fort und fort als standeswidrig angesehen, so können ihr auch für die Zwischenzeit nicht die Wirkungen einer standesmäßigen Ehe zugeschrieben werden. Die inzwischen geborenen Kinder können nicht einem anderen Stande und einer anderen Familie als die vorher und nachher geborenen Kinder angehören; ein individuelles Recht auf Folgefähigkeit in das Hausgut, die nur Ausfluß der Standes- und Familienmitgliedschaft ist, haben sie nicht erworben. Ueber die Erfordernisse einer standesmäßigen Ehe läßt das Reichsgericht natürlich in jedem Falle zunächst das besondere Hausrecht entscheiden. In dem subsidiär maßgebenden gemeinen deutschen Privatfürstenrechte findet es den heute auch in der Theorie nur selten bestrittenen Rechtssatz begründet, daß jedenfalls die Ehe einer Person von hohem Adel mit einer bürgerlichen Person, mag diese auch dem höheren Bürgerstande angehören, eine Mißheirath ist; so in den bereits erwähnten Erk. C.S. II Nr. 39 und b. Seuff. XLVI Nr. 167. Dagegen nimmt es in dem Erk. v. 5. Dez. 1893 (C.S. XXXII Nr. 38) übereinstimmend mit den Vorinstanzen (L.G. Mosbach u. O.L.G. Karlsruhe) an, es habe sich kein Reichsherkommen gebildet und es bestehe kein Satz des gemeinen Privatfürstenrechtes, wonach die Ehe eines Herrn von hohem Adel mit einer Frau von niederem Adel eine Mißheirath wäre. Die Begründung dieser einschneidenden Entscheidung ist kurz und beschränkt sich auf die Erwägung, daß sonst nicht verständlich wäre, warum namhafte Schriftsteller in den letzten Zeiten des Reichs ein solches Reichsherkommen verneint, Primogeniturordnungen, die derartige Ehen für Mißheirathen erklären wollten, die erbetene kaiserliche Bestätigung mindestens regelmäßig nicht erhalten

und mehrfach Ehen zwischen hochadligen Herren und Frauen von niederem Adel keinerlei Anfechtung erfahren oder sogar ausdrückliche Anerkennung, insbesondere auch durch den Reichshofrath und das Reichskammergericht, gefunden hätten (S. 151). Es würde einer eignen Abhandlung bedürfen, um in dieser schwierigen Frage zu einem gesicherten Ergebnisse zu gelangen. Mit dieser Reichsgerichtsentscheidung ist sie keinesfalls endgültig erledigt. Das Reichsgericht argumentirt, als sei das gemeine Privatfürstenrecht lediglich ein Stück „Reichsherkommens" aus dem Ende des achtzehnten Jahrhunderts und nicht in erster Linie ein Standesgewohnheitsrecht, das um viele Jahrhunderte weiter zurückreicht und nach Ueberwindung mancher Erschütterungen auch in neuerer Zeit nicht aufgehört hat, sich lebendig zu bethätigen. Auch läßt sich das Reichsgericht, indem es auf den Umstand, daß seine Entscheidung ein ehemals reichsgräfliches und erst nach der Mediatisirung gefürstetes altreichsgräfliches Haus betrifft, kein Gewicht legt, nicht einmal auf eine Prüfung der vielfach vertheidigten Ansicht ein, die hinsichtlich der gemeinrechtlichen Anforderungen an die Ebenbürtigkeit zwischen reichsfürstlichen und reichsgräflichen Häusern unterscheiden will.

### e) Wohnsitz und Staatsangehörigkeit.

Zur Begründung eines Wohnsitzes im Sinne des gemeinen Rechtes fordert die Praxis sowohl den Willen, einen Ort „zum dauernden Aufenthalte und zum Mittelpunkte der Lebensverhältnisse zu machen", als auch „die Verwirklichung dieses Willens durch die That"; vgl. das Erk. des R.G. v. 18. Juni 1885, E.S. XV Nr. 95, das demgemäß in einem Falle, in dem der Wille einer Verlegung des Wohnsitzes schlüssig dargelegt, jedoch dessen Verwirklichung erst durch Ver-

bringung eines Theiles des Hausraths begonnen und hierauf durch den Tod unterbrochen war, die Entstehung des neuen Wohnsitzes verneint. Mit Recht wird angenommen, daß die Absicht eines längeren Aufenthaltes von vorübergehender, ungewisser Dauer unter Umständen genügt; so bei der Niederlassung für die Dauer eines Eisenbahnbaues nach Erk. des R.G. v. 17. Juni 1884 b. Seuff. XL Nr. 7. Die Fähigkeit, den für die Begründung eines Wohnsitzes erforderlichen Willen zu fassen und auszuführen, spricht das Obst. L.G. f. Bayern im Erk. v. 18. Dez. 1885 (b. Seuff. XLI Nr. 259) auch einem Minderjährigen zu, da dieser an sich handlungsfähig sei; die Zustimmung des Vormundes müsse nur zu der Handlung des Minderjährigen als Bedingung ihrer Rechtswirksamkeit hinzutreten und könne auch nachträglich erfolgen. Andererseits sieht das O.L.G. Hamburg in dem zwischen den Staaten Oldenburg und Bremen gefällten Schiedsspruche v. 30. Dez. 1887 (Seuff. XLIII Nr. 174) die Verlegung des Wohnsitzes eines Geisteskranken durch einseitige Handlung des Kurators als möglich an. Ein Bewußtsein der rechtlichen Folgen des gewollten Thatbestandes wird nicht als erforderlich betrachtet; vgl. die angef. Entsch. b. Seuff. XLI Nr. 259 S. 388 u. XLIII Nr. 174 S. 258.

Die Praxis ist einig, daß der nach § 13 der C.P.O. den allgemeinen Gerichtsstand einer Person bestimmende „Wohnsitz“ sich mit dem Wohnsitz im Sinne des bürgerlichen Rechtes deckt. In den §§ 14—17 der C.P.O. erblickt sie ergänzende, aber keineswegs erschöpfende Vorschriften, hinter denen trotz § 14 des E.G. zur C.P.O. die Regeln des bürgerlichen Rechtes in Kraft bleiben. So z. B. nach Erk. des R.Ger. v. 28. Dez. 1888 (C.S. XXII Nr. 75) der Art. 107 des Code civ., der dem Beamten einen gesetzlichen Wohnsitz am Orte des Amtssitzes beilegt. Desgleichen nach Erk. des R.G. v.

10. Nov. 1892 (E.S. XXX Nr. 103 S. 349) die Vorschriften der Preuß. A.G.O. I, 2 §§ 8 ff., die den Begriff des Wohnsitzes in wesentlicher Uebereinstimmung mit dem gemeinen Recht fassen und näher entfalten. In dem letztgedachten Erkenntnisse wird dargelegt, daß nach preußischem wie gemeinem Rechte ein doppelter Wohnsitz und somit ein doppelter allgemeiner Gerichtsstand zwar möglich ist, jedoch gemäß § 15 der A.G.O. a. a. O. nur dann entsteht, wenn Jemand an zwei Orten eingerichtete Wirthschaften hat und abwechselnd bald an dem einen, bald an dem anderen Orte sich aufhält oder Gewerbe betreibt. Dagegen erwerbe troß § 11 der A.G.O. a. a. O. ein Kaufmann oder Gewerbetreibender dadurch, daß er an einem Orte Handel oder Gewerbe zu treiben anfängt, keineswegs ohne weiteres einen zweiten Wohnsitz. Vielmehr werde hierdurch, falls nicht eine eingerichtete Wirthschaft hinzutritt, nur der Gerichtsstand der Niederlassung im Sinne des § 22 der C.P.O. begründet. Das Reichsgericht erkennt daher auf Unzuständigkeit des Berliner Landgerichts I zur Verhandlung über eine Klage, die bei diesem Gerichte gegen einen mit seiner Familie seit Jahren im eignen Heim zu Lichterfelde wohnenden Gewerbetreibenden wegen der für sein dortiges Haus gelieferten Zimmerarbeiten erhoben war, wenngleich der Beklagte in Berlin nicht nur ein Komptoir, sondern auch ein Atelier hat, in dem er täglich von früh bis spät seinem Gewerbe obliegt. Mit Recht wird ferner aus dem gemeinrechtlichen Begriffe des Wohnsitzes gefolgert, daß durch längere Strafhaft zwar der Gerichtsstand des dauernden Aufenthaltsortes im Sinne des § 21 der C.P.O. begründet werden kann (Erk. des O.L.G. Celle v. 9. Jan. 1884 b. Seuff. XL Nr. 148), der allgemeine Gerichtsstand aber nicht verändert wird (Erk. des R.G. v. 23. Okt. 1884 ib. XL Nr. 237 u. Beschl. des O.L.G. Hamburg v. 27. Juli 1887 ib. XLIII Nr. 5).

Den Wohnsitzbegriff des bürgerlichen Rechts will der oben erwähnte Schiedsspruch des O.L.G. Hamburg auch bei Beurtheilung der Steuerpflicht nach dem R.Ges. v. 13. Mai 1870 wegen Beseitigung der Doppelbesteuerung zu Grunde legen (Seuff. XLIII Nr. 174 S. 260). Demgemäß sprach derselbe Gerichtshof in einem anderen Falle dem Staate Hamburg das Recht zu, dem preußischen Staatsverbande angehörige und in Preußen behufs ihrer Erziehung untergebrachte Mündel, deren Vater bei seinem Tode in Hamburg gewohnt hatte, zur Einkommensteuer heranzuziehen, weil ihr Wohnsitz im Rechtssinne nach wie vor Hamburg geblieben sei. Das Reichsgericht hat indes im Erk. des VI. Sen. v. 10. März 1892 (E.S. XXIX Nr. 8) das hamburgische Besteuerungsrecht verneint. Es führt aus, daß das Reichsgesetz v. 13. Mai 1870 seinen eignen Wohnsitzbegriff habe, der sich mit dem gemeinrechtlichen Wohnsitzbegriff keineswegs decke. Insbesondere sei nach § 1 Abs. 2 die erste, unerläßliche Voraussetzung für das Besteuerungsrecht eines Staates auf Grund des Wohnsitzes die, daß der betreffende Deutsche in diesem Staate eine Wohnung thatsächlich innehabe. Man wird der Ansicht des Reichsgerichts beipflichten müssen, da sie nicht bloß den Wortlaut des Gesetzes für sich hat, sondern auch dem staatsrechtlichen Wesen der Steuerpflicht entspricht, deren Loslösung von der Staatsangehörigkeit auf Grund der thatsächlichen Verknüpfung mit einem anderen Staatsgebiet sich nur innerhalb der Grenzen der ausdrücklich als maßgebend festgesetzten Thatbestände rechtfertigt.

Den rechtlich fixirten Sitz einer Verbandsperson oder Personeneinheit stellt die Praxis mit Recht sowohl hinsichtlich seiner Wirkungen überhaupt wie hinsichtlich seiner Einwirkung auf den Gerichtsstand insbesondere dem Wohnsitze der Einzelperson gleich. In diesem Sinne unterscheidet das Erk. des R.G. (VI. Sen.) v. 21. Mai 1891 (E.S. XXVII

Nr. 114) zutreffend zwischen dem Sitze einer Gesellschaft, der für sie einen allgemeinen Gerichtsstand gemäß § 19 der C.P.O. begründet, und dem Orte einer bloßen Niederlassung, an dem für die Gesellschaft nur der besondere Gerichtsstand des § 22 der C.P.O. entsteht. Es nimmt daher an, daß der nach § 24 der C.P.O. für vermögensrechtliche Klagen „gegen eine Person, welche im Deutschen Reiche keinen Wohnsitz hat", begründete Gerichtsstand des Vermögens bei Klagen wider Verbandspersonen oder Personeneinheiten zwar durch einen „Sitz", nicht aber durch eine bloße Niederlassung in Deutschland ausgeschlossen wird.

Den Grundsatz, daß die Staatsangehörigkeit heute im Allgemeinen auf die Privatrechtsfähigkeit keinen Einfluß hat und daß die deutschen Gerichte dem Ausländer mangels einer gegentheiligen Gesetzesbestimmung auch ohne Nachweis der Gegenseitigkeit vollen Privatrechtsschutz gewähren müssen, wendet das Erk. des R.G. (VI. Sen.) v. 11. April 1892 (E.S. XXIX Nr. 32 S. 128—129) an, um den Anspruch eines Ausländers auf Schutz seines Namenrechtes in Deutschland zu begründen. Von einer unklaren Auffassung des Reichsindigenats scheint das Erk. des Obst. L.G. f. Bayern v. 18. Dez. 1885 (b. Seuff. XLI Nr. 259 S. 387) auszugehen, wenn es ausführt, wegen der vollen Gleichstellung im bürgerlichen Rechte wäre ein etwa im württembergischen Rechte enthaltener Satz, daß die Erbfolge nach einem im Auslande verstorbenen Württemberger immer nach württembergischen Rechte beurtheilt werden solle, doch niemals auf einen Württemberger anwendbar, der seinen Wohnsitz in einen anderen Bundesstaat verlegt und dort stirbt. Für die bayrischen Gerichte hätte ein solcher Satz des württembergischen Rechtes ohnehin keine Bedeutung, da sie die Vorfrage, welches Recht in jedem Falle anzuwenden ist, nach den in Bayern, nicht nach den in Württemberg geltenden Regeln

über Statutenkollision zu entscheiden haben (vgl. mein Deutsch. Privatr. I S. 215). Warum aber die württembergischen Gerichte einen derartigen Satz ihres Rechtes nicht auf einen in einem anderen deutschen Staat verstorbenen Württemberger anwenden dürften, ist unerfindlich, da hierin doch keine Zurücksetzung anderer Reichsangehöriger läge!

### f) Persönlichkeitsrechte.

Erhebliche Fortschritte hat die deutsche Rechtsprechung neuerdings in der Behandlung der Persönlichkeitsrechte gemacht.

Die Rechte an Namen und Wappen, Firmen und Waarenzeichen, Geisteswerken und Erfindungen unterstellt sie immer häufiger einem gemeinsamen Gattungsbegriff, für den sie meist den Namen des Individualrechts gebraucht. Ein solches Individualrecht erkennt sie grundsätzlich als ein absolutes Privatrecht an, das einen civilrechtlichen Anspruch auf Anerkennung und auf Beseitigung vorhandener und Unterlassung künftiger Störungen gegen Jedermann begründet. Diesen Anspruch gewährt sie unabhängig von dem Nachweise eines besonderen Interesses und gegen jeden objektiv rechtswidrigen, wenngleich unverschuldeten Eingriff. In der Abwehrklage erblickt sie entweder geradezu eine Negatorienklage oder doch einen verwandten Rechtsbehelf. So für das Recht am Familiennamen und am Familienwappen Erk. des R.G. (III. Sen.) v. 7. Mai 1880 E.S. II Nr. 39 S. 137 und des R.G. (I. Sen.) v. 22. Okt. 1881 ib. V Nr. 45 S. 172; für das Recht am Familiennamen Erk. des R.G. (II. Sen.) v. 10. Febr. 1882 ib. VII Nr. 78, des R.G. (I. Sen.) v. 13. Okt. 1886, 11. Jan. 1888 u. 8. Mai 1889 ib. XIX Nr. 4 S. 22, XXII Nr. 10 u. XXV Nr. 1 und besonders

des R.G. (VI. Sen.) v. 11. April 1892 ib. XXIX Nr. 32 S. 125, auch Erk. des O.L.G. Marienwerder v. 21. März 1890 b. Seuff. XLVIII Nr. 3, des Obst. L.G. f. Bayern v. 21. Jan. 1893 ib. XLVIII Nr. 263 u. des O.L.G. Hamburg v. 25. April 1893 ib. XLIX Nr. 147 S. 259; für das Firmenrecht Erk. des R.G. (II. Sen.) v. 29. April 1892, E.S. XXIX Nr. 18 S. 61; für das Recht an Waarenzeichen und an Firmen und Namen Erk. des R.G. (I. Sen.) v. 2. Okt. 1886 ib. XVIII Nr. 7 S. 36—37 u. des R.G. (VI. Sen.) v. 14. Nov. 1889 b. Seuff. XLV Nr. 264 („ein Individual- oder sog. absolutes Recht, welches, wie kaum mehr bestritten ist, gegen Jeden, welcher sich Störungen desselben oder Eingriffe in dasselbe beigehen läßt, einen mit der Negatorienklage verfolgbaren Anspruch auf Anerkennung des Rechts und Schutz gegen fernere Störung gewährt"); für das Recht an Waarenzeichen insbesondere Erk. des R.G. (I. Sen.) v. 11. Jan. 1890 u. v. 20. Juni 1894, E.S. XXV Nr. 85 S. 378 u. XXXIII Nr. 29 S. 138, u. des O.L.G. Hamburg v. 8. Mai 1893 b. Seuff. XLIX Nr. 196; für das Urheberrecht Erk. des R.G. (II. Sen.) v. 1. Juli 1884, E.S. XII Nr. 12, u. des R.G. (I. Sen.) v. 10. Juli 1886 ib. XVIII Nr. 4 (bes. S. 19 unter Vergleichung mit den Rechten an Namen, Wappen und Siegeln); für das Geschmacksmusterrecht insbesondere Erk. des R.G. (III. Sen.) v. 3. Okt. 1882 ib. VIII Nr. 4 S. 19 („ein bis dahin unbekanntes Individualrecht"); für das Patentrecht Erk. des R.G. (I. Sen.) v. 19. Okt. 1889 ib. XXIV Nr. 85 u. v. 7. Juli 1894 ib. XXXIII Nr. 32 S. 161 („Privatrecht"). Einzelne unter diesen Erkenntnissen bezeichnen als Gegenstand solcher Individualrechte „immaterielle Güter" (O.L.G. Hamburg b. Seuff. XLIX Nr. 196) oder „unkörperliche Ergebnisse einer individuellen Bethätigung" (R.G. in E.S. XVIII S. 19

u. O.L.G. Marienwerder b. Seuff. XLVIII Nr. 3) und sprechen von einem daran anerkannten „privatrechtlichen Eigenthum“ (so die beiden letzterwähnten) oder doch von einer dem Eigenthum verwandten Herrschaft (R.G. in E.S. XII Nr. 12 S. 52 u. XXIV Nr. 85 u. b. Seuff. XLV Nr. 264 S. 443 u. 445). So legt auch das Erk. des R.G. (I. Sen.) v. 3. März 1893 (E.S. XXXI Nr. 11) den Begriff eines „Eigenthums“ am Patent zu Grunde. Besonders eingehend führt das Erk. des R.G. (IV. Sen.) v. 20. April 1893 (E.S. XXXI Nr. 67) aus, daß das Patent eine nach dem Preuß. A.L.R. zu den Sachen im engeren Sinne zu zählende und zum Gegenstande des „Kaufes“ (obschon nicht der Tradition) geeignete „unkörperliche Sache“ und das Patentrecht eine „Herrschaft sachenrechtlicher Art über das geistige Produkt der Erfindung“ sei (S. 299). Im Allgemeinen aber bleibt sich die Praxis stets dessen bewußt, daß das „Individualrecht“, wie ja schon das Wort besagt, sich in seinen sachenrechtlichen Bestandtheilen weder gründet noch erschöpft, sondern in der Persönlichkeit wurzelt und bei aller sachenrechtlichen Entfaltung durch seinen der Persönlichkeitssphäre angehörigen Kern bestimmt wird. Erscheint dies bei den Namen- und Zeichenrechten eigentlich als selbstverständlich, so wird es auch beim Urheberrecht vom Reichsgericht scharf betont (E.S. XII S. 51 ff. u. XVIII S. 18 ff.) und kann auch beim Patentrecht kaum noch in Vergessenheit gerathen, seitdem das Reichsgericht unzweideutig für die Konstruktion des Patentrechtes als Entfaltung des ursprünglichen Erfinderrechtes eingetreten ist (Erk. des I. Sen. v. 28. Mai 1892, E.S. XXIX Nr. 16) So wird denn auch im Einzelnen die Rechtsprechung auf den umfangreichen Gebieten des Firmen-, Marken-, Urheber- und Erfinderrechts von dem Gedanken des Persönlichkeitsrechts geleitet. Trotzdem sollen hier diese Gebiete nicht weiter betreten werden. Nur

auf die fortschreitende Anerkennung des Rechtes an Familiennamen sei hier noch ein Blick geworfen.

Daß ein Privatrecht am Familiennamen besteht, ist in den oben zusammengestellten neueren Erkenntnissen mit seltener Einstimmigkeit grundsätzlich ausgesprochen. Mehr und mehr aber ist zugleich die Auffassung durchgedrungen, daß kraft dieses Privatrechtes der Träger eines Familiennamens nicht nur die Befugniß zu dessen Führung, sondern auch ein Untersagungsrecht gegen dessen unbefugte Führung durch Andere hat. Unbedingt wird ein solches Untersagungsrecht in mehreren der erwähnten Reichsgerichtserkenntnisse (E.S. VII Nr. 78, XIX Nr. 4 S. 22, XXII Nr. 10 u. XXV Nr. 1) gegen unbefugte Führung des Familiennamens als Bestandtheil einer kaufmännischen Firma gewährt. Man stützt sich hier auf die ausdrückliche Bestimmung des Art. 27 des H.G.B., nach der, „wer durch unbefugten Gebrauch einer Firma in seinen Rechten verletzt ist", auf Unterlassung der weiteren Führung der Firma und auf Schadensersatz klagen kann. Da aber dieser Artikel keinerlei Andeutung über Inhalt und Umfang der durch ihn geschützten „Rechte" enthält, konnte nicht aus ihm, sondern lediglich aus dem bürgerlichen Rechte das Ergebniß gewonnen werden, daß zu ihnen das Recht am Familiennamen gehört. Diese Erkenntnisse setzen somit die Anerkennung eines privatrechtlichen Verbietungsrechtes gegen Anmaßung von Familiennamen voraus. Mit Recht gewährt daher das O.L.G. Marienwerder im Erk. v. 21. März 1890 (b. Seuff. XLVIII Nr. 3) den gleichen Schutz gegen unbefugte Führung eines Familiennamens in der gewerblichen Firma eines Minderkaufmannes, auf die sich Art. 27 des H.G.B. nicht bezieht. Im Uebrigen hat das Reichsgericht zuerst im Erk. des II. Sen. v. 7. März 1880 (E.S. II Nr. 39) bei Gelegenheit des Rechtsstreites, in dem

der Fürst Friedrich zu Sayn-Wittgenstein-Sayn auf Grund der privatfürstenrechtlichen Regeln über Mißheirathen gegen die Wittwe seines Bruders geb. Lilienthal ein gerichtliches Verbot erzielte, „den Titel einer Fürstin zu Sayn-Wittgenstein-Sayn ferner zu führen und sich des Fürstlich-Wittgenstein'schen Geschlechtswappens zu bedienen“, den allgemeinen Rechtssatz ausgesprochen, daß das Namen- und Wappenrecht als Ausfluß vollberechtigter Familienmitgliedschaft ein durch Civilklage verfolgbares Privatrecht und jedes Familienmitglied auf Unterlassung des unbefugten Gebrauches von Namen und Wappen, auch wenn hierdurch Vermögensrechte nicht verletzt werden, zu klagen befugt sei (S. 147—149). Eingehender noch hat das R.G. im Erk. des I. Sen. v. 22. Okt. 1881 (E.S. V Nr. 45) die Anerkennung des Rechtes auf Führung von Namen und Wappen als eines im Rechtswege verfolgbaren Privatrechtes begründet (S. 172—174) und insbesondere auch bei Familien des niederen Adels nnd des Bürgerstandes eine Klage auf Unterlassung unbefugter Führung für zulässig erklärt. Da hier der angebliche Vater gegen ein nicht legitimirtes eheliches Kind auf Anerkennung der Nichtberechtigung zur Führung seines Namens und Wappens geklagt hatte, sah das Reichsgericht den Kläger schon wegen der behaupteten Vaterschaft nach § 231 der C.P.O. als zur Klageerhebung befugt an und ließ dahingestellt, ob das Berufungsgericht (O.L.G. Hamburg), das ihm als Familiengliede das Klagerecht zugesprochen hatte, hierin Zustimmung verdiene (S. 174—175). Am gründlichsten hat sich das Reichsgericht im Erk. des VI. Sen. v. 11. April 1892 (E.S. XXIX Nr. 32) mit dem Recht am Familiennamen beschäftigt. Auch hier wird dieses Recht als ein aus dem Familienverbande fließendes, im Rechtswege verfolgbares Privatrecht anerkannt, das, weil es gegeben sei, um seinen Träger als Einzelperson von Anderen

zu unterscheiden und als Mitglied einer bestimmten Familie äußerlich zu kennzeichnen, gegen unbefugte Eingriffe geschützt sein müsse. Einen solchen Schutz gewähre Art. 27 des H.G.B. Jedem gegen Verletzung durch Firmengebrauch. Gegen sonstige Anmaßung müsse ein Verbietungsrecht „mindestens" dann anerkannt werden, „wenn in concreto die unbefugte Führung des Namens objektiv geeignet ist, den Schein der Zugehörigkeit zur Familie zu erregen", was bei seltenen Familiennamen häufiger als bei sehr verbreiteten der Fall sein werde. Klageberechtigt sei sowohl jedes einzelne Familienglied wie die körperschaftlich organisirte Familie als solche. Dies Alles gelte nicht nur für das gemeine, sondern auch für das Württembergische, Züricher und Oesterreichische Recht (S. 125 bis 128). Beachtenswerth ist, daß in diesem Erkenntnisse eine Verletzung des Rechtes an dem adligen Namen „von Orelli" auch in der unbefugten Führung desselben Namens ohne Adelsprädikat und mit einem Zusatze („B.-Orelli") gefunden wird (S. 130—131). Auf Grund gleicher Erwägungen hat das O.L.G. Hamburg im Erk. v. 25. April 1893 (b. Seuff. XLIX Nr. 147) dem Ehemanne nach rechtskräftiger Nichtigkeitserklärung seiner Ehe die Befugniß zugesprochen, gegen seine frühere Ehefrau auf Unterlassung der Führung seines Familiennamens zu klagen. Das Gericht hebt ausdrücklich hervor, daß der Kläger ein besonderes Interesse an der Geltendmachung seines Rechts nicht nachzuweisen brauche. Gleichwohl beschränkt es sich nach dem Vorbilde des zuletzt erwähnten Reichsgerichtserkenntnisses darauf, ein Verbietungsrecht „mindestens" im Falle einer den Schein der Familienangehörigkeit erregenden Namensanmaßung anzuerkennen, und fügt nur hinzu, daß dieser Schutz sich auch auf eine Anmaßung erstrecke, in der die Behauptung früherer Familienangehörigkeit liege. Derartige Erörterungen können, obschon das Wort „mindestens"

dieser Gefahr vorzubeugen sucht, leicht als Zugeständnisse an die das Namenrecht verkümmernden Ansichten gedeutet werden. Ihnen gegenüber muß daher nachdrücklich betont werden, daß solche Einschränkungen des Namenrechtsschutzes mit der von den Gerichten zu Grunde gelegten Auffassung des Namenrechtes als eines absoluten Privatrechts in Widerspruch stehen. Denn ein absolutes Privatrecht ist gegen jederlei rechtswidrigen Eingriff zu schützen! So wird auch im Erk. des Obst. L.G. f. Bayern v. 21. Jan. 1893 (b. Seuff. XLVIII Nr. 263) vorbehaltlos anerkannt, daß „der persönliche Inhaber eines bürgerlichen Namens gegen denjenigen, welcher in sein Individualrecht durch mißbräuchliche Aneignung und Führung des fremden Namens eingegriffen hat, ohne Rücksicht auf reellen Schadenseintritt die actio praejudicialis auf Beseitigung und Verbot der Störung hat" (S. 415). Wenn hier gleichwohl eine Klage der mit den beiden Inhabern Michael und Josef Ro. bestehenden offenen Handelsgesellschaft G. Ro. gegen Jemanden, der öffentlich „Ro.'sche Nickelbrillen" feil hielt, ohne sie aus der Fabrik der Firma G. Ro. bezogen zu haben, abgewiesen wird, so geschieht dies lediglich deshalb, weil das Firmenrecht nicht verletzt, zur Geltendmachung des Namensrechtes ihrer Theilhaber aber die unter ihrer Firma klagende Handelsgesellschaft nicht legitimirt sei. Eine formell unanfechtbare Begründung, die aber doch wohl hinfällig wird, wenn die beiden Theilhaber erklären, ihr Namenrecht in einem Falle, in dem dessen Mißbrauch sich lediglich gegen ihren gemeinsamen Geschäftsbetrieb richtet, in ihrer gesellschaftlichen Verbindung für diesen Betrieb unter ihrer Firma ausüben zu wollen! — Daß das Recht am Familiennamen der rechtsgeschäftlichen Uebertragung entzogen ist, hat das Reichsgericht in dem schon mehrfach erwähnten Erk. v. 11. April 1892 überzeugend dargelegt (S. 131—134). Mit Recht hat es daher aus einem Arrogations-

vertrage, bei dem die wahre Absicht der Vertragschließenden nicht auf Erzeugung eines Kindes- und Familienverhältnisses, sondern lediglich auf Verschaffung des Namens Orelli gerichtet war, ein Recht zur Führung des Namens Orelli nicht entstehen lassen. Denn dieser Vertrag sei als Arrogationsvertrag wegen Simulation nichtig. Was aber wirklich gewollt war, sei gleichfalls nichtig, weil es eben auf eine unzulässige Namensübertragung hinauslaufe. Zu weit im Ausdruck geht indes das Reichsgericht, wenn es dem Namenberechtigten jede Befugniß abspricht, „den Namen zu veräußern oder sonst darüber zu verfügen" (S. 133). Denn verfügen kann er über seinen Namen jedenfalls insoweit, daß ihn die einem Anderen ertheilte Erlaubniß, seinen Namen zu führen, bindet; vgl. Erk. des R.G. v. 22. Okt. 1881, E.S. V Nr. 45 S. 176: „jedoch würde die erwiesene Zustimmung des angeblichen Vaters in die Führung des Namens jedenfalls seine Klage ausschließen." Eine derartige Bewilligung erzeugt nur, von gewissen gesetzlichen Ausnahmen zu Gunsten unehelicher Kinder und geschiedener Ehefrauen abgesehen, kein gegen Dritte wirksames Recht. Auch Dritten gegenüber aber wird die Verfügung über den Familiennamen insoweit wirksam, als er zunächst in gültiger Weise zum Bestandtheil einer Firma gemacht und sodann in der Firma veräußert ist. Niemand kann ja die Führung seines Familiennamens als Firma einem Kaufmanne verbieten, der sein Recht hierzu von einem anderen Träger desselben Familiennamens herleitet; vgl. Erk. des R.G. (I. Sen.) v. 8. Juli 1891 b. Seuff. XLVII Nr. 127. Eine solche Namensveräußerung mit dinglicher Wirkung hat das Erk. des R.G. (III. Sen.) v. 19. Mai 1886 (b. Seuff. XLII Nr. 92) auch jenseits der Grenzen des gesetzlich geregelten Firmenrechts mit Recht in einem Falle angenommen, in dem ein Hotelbesitzer bei dem Verkaufe des Hotels die Fortführung des

bisherigen werthvollen Hotelnamens, der seinen Familiennamen enthielt, gestattet hatte. Der Name sei hier Eigenschaft des Hotels geworden und gehe mit ihm auf weitere Erwerber über. — Schließlich sei noch bemerkt, daß ein Privatrecht auf Führung des rechten oder auf Unterlassung der Führung eines unrichtigen Namens den Familiengliedern gegen einander nicht zusteht. Mit Recht ist daher durch Erk. des R.G. v. 9. März 1888 ein Erk. des O.L.G. Braunschweig v. 17. Sept. 1887 (b. Seuff. XLIV Nr. 30) bestätigt worden, mit dem die Klage abgewiesen war, die ein Vater gegen seine geschiedene Ehefrau darauf gerichtet hatte, daß sie unterlasse, den ihr zur Erziehung zugesprochenen gemeinsamen Sohn mit ihrem Mädchennamen zu nennen und durch Dritte nennen zu lassen. Das O.L.G. Braunschweig begründet die Abweisung damit, daß die väterliche Gewalt das behauptete Verbietungsrecht nicht enthalte, daß eine auf das Statusrecht des Sohnes gestützte Klage im Namen des Sohnes anzustellen gewesen wäre, daß endlich für eine actio injuriarum auch bei weitester Ausdehnung die Voraussetzung eines Ehrangriffes fehle. Zutreffend fügt das Reichsgericht hinzu, es liege überhaupt kein Eingriff in die Privatrechtssphäre des Klägers vor; dieser möge sich an die beaufsichtigende Verwaltungsbehörde wenden.

Ueber das Recht auf Führung von Ehrenzeichen enthält das Erk. des O.L.G. Dresden v. 16. Apr. 1890 (b. Seuff. XLVI Nr. 46) sehr beachtenswerthe Ausführungen. Hier wird von dem Satze, daß Ehrenzeichen unübertragbar sind, eine Ausnahme für Preismedaillen und Ehrendiplome, die eine Ausstellungskommission, gewerbliche Vereinigung oder öffentliche Behörde einem Gewerbtreibenden mit Firma für geschäftliche Erzeugnisse verliehen hat, dahin anerkannt, daß sie mit dem Geschäfte und der Firma übertragen werden können. Im Falle einer solchen Uebertragung aber wird aus dem übertragenen Führungsrecht zugleich ein Untersagungsrecht der Füh-

rung durch Andere und somit auch durch den Veräußerer selbst gefolgert. Eine etwaige Gestattung der Führung neben dem Berechtigten wird für ungültig erklärt, weil das Recht an Ehrenzeichen nicht beliebig vervielfältigt werden dürfe und somit eine „Licenz" hier nicht zulässig sei. Der Gerichtshof spricht demgemäß einem Firmenerwerber an elf ihm mitübertragenen Auszeichnungen das Führungsrecht unter Ausschluß des Veräußerers zu. Hinsichtlich einer zwölften Auszeichnung dagegen, der österreichischen Medaille „Viribus unitis", versagt er dem Firmenwerber jedes Führungsrecht, weil sie nach amtlicher Auskunft der Person verliehen sei und daher ihre Uebertragung, selbst wenn sie beabsichtigt sein sollte, nach der für Individualrechte geltenden Regel nicht wirksam habe erfolgen können. Mit diesem Erkenntnisse ist die Einreihung des Rechtes an Ehrenzeichen unter die Persönlichkeitsrechte in hoffentlich vorbildlicher Weise vollzogen.

Von den sonstigen Persönlichkeitsrechten wird das Recht auf leibliche Unversehrtheit im Erk. des O.L.G. Braunschweig v. 13. Febr. 1893 (b. Seuff. XLVIII Nr. 262) berührt. Hier wird ein ärztlicher operativer Eingriff, obschon er der Regel nach nicht ohne die Einwilligung des Patienten oder seiner Angehörigen gestattet sei, ausnahmsweise ohne diese für erlaubt erklärt, wenn die Operation (Amputation eines Fußes) zur Lebensrettung nothwendig, die Befragung des Patienten (wegen Chloroformnarkose) ausgeschlossen und zur Befragung der Angehörigen (des nicht in der Klinik anwesenden Ehemanns) keine Zeit war.

Werden so die besonderen Persönlichkeitsrechte mehr und mehr anerkannt und in ihrer Eigenart gewürdigt, so fehlt doch der Rechtsprechung vielfach noch die Einsicht in den Zusammenhang aller dieser Rechte mit dem Rechte der Persönlichkeit überhaupt. Die Praxis sollte sich stets gegenwärtig halten,

daß diese von ihr theils auf Grund moderner Spezialgesetze, theils aber auch ohne eine derartige gesetzliche Grundlage geschützten „Individualrechte" nur besonders ausgestaltete und verselbständigte Ausstrahlungen des allgemeinen Rechtes der Person auf Achtung ihrer Persönlichkeitssphäre sind. Dann würde sie minder zaghaft gegen nicht ausdrücklich verbotene Eingriffe in fremde Persönlichkeitsgüter vorgehen. Insbesondere würde sie nicht jeden Schutz gegen unlauteren Wettbewerb auch in Fällen versagen, in denen die Verletzung des Rechtes der Persönlichkeit durch unbefugte Aneignung der wohlerworbenen Persönlichkeitsgüter eines anderen Gewerbetreibenden klar zu Tage liegt. Bei voller Erfassung des Rechtes der Persönlichkeit könnte sie aus ihm überhaupt jeden erforderlichen privatrechtlichen Schutz gegen unlauteren Wettbewerb herleiten, ohne daß erst die Gesetzgebung bemüht zu werden brauchte (vgl. die Andeutungen in meinem Deut. Privatr. I S. 713 ff., näher ausgeführt in meinem Vortrag über den Rechtsgrund des Schutzes gegen unlauteren Wettbewerb, in der Zeitschrift für gewerblichen Rechtsschutz, Jahrgang 1895 S. 109 ff). Schon auf Grund der von ihr selbst entwickelten Gedanken über „Individualrechte" aber hätte sie nicht den Schutz gegen solche Eingriffe in fremde gewerbliche Persönlichkeitsgüter ablehnen dürfen, wie sie in den Erk. des R.G. (III. Sen.) v. 1. Nov. 1887 (mit dem durchaus gesunden gegentheiligen Berufungsurtheil des O.L.G. Braunschweig b. Seuff. XLIII Nr. 271), des R.G. (I. Sen.) v. 7. Dez. 1887 (E.S. XX Nr. 14 u. mit dem übereinstimmenden Urtheil des O.L.G. Hamburg als Vorinstanz b. Seuff. XLIII Nr. 281), des R.G. (II. Sen.) v. 29. April 1892 (E.S. XXIX Nr. 18) u. des Obst.L.G. f. Bayern v. 21. Jan. 1893 (b. Seuff. XLVIII Nr. 263 S. 416—417) zwar als unanständig gemißbilligt, jedoch für rechtlich erlaubt erklärt sind. Auch in dem etwas

zweifelhafteren Falle, der im Erk. des O.L.G. Frankfurt v. 11. Febr. 1887 (b. Seuff. XLII Nr. 317) entschieden ist, hätte wohl dem Verletzten geholfen werden können. Allerdings haben die Gerichte hier überall die Versagung des Rechtsschutzes weniger auf den angeblichen Mangel eines verletzten Privatrechtes, als auf die Behauptung gegründet, daß der Firmen-, Marken-, Muster- und Erfindungsschutz durch die Reichsgesetzgebung „erschöpfend" geregelt sei. Allein die Vorstellung, daß diese Gesetze jeden von ihnen nicht verbotenen Eingriff in die von ihnen anerkannten Persönlichkeitsgüter zu Zwecken des unlauteren Wettbewerbes legitimirt haben, hätte sich gar nicht bilden können, wenn man sich des vor allen diesen Spezialgesetzen gegebenen und ihnen allen zu Grunde liegenden Rechtes der Persönlichkeit bewußt geblieben wäre.

---

## 2. Das Recht der Verbandspersönlichkeit.

Besprochen von **Otto Gierke.**

### Vorbemerkung.

In meinem im Jahre 1887 erschienenen Buche über die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung habe ich über die Stellungnahme der deutschen Praxis zu den Problemen des Verbandsrechtes berichtet. Seither hat die dort geschilderte Bewegung kaum an einer Stelle stillgestanden, an vielen Stellen aber kräftige Fortschritte gemacht. Dabei sind die Anschauungen, die aus der Durchdringung des geltenden Körperschafts- und Gemeinschaftsrechts mit deutschen Rechtsgedanken hervorgehen müssen, im Ganzen mehr und mehr zum Durchbruch gelangt, ohne daß es freilich auch an bedenklichen Erfolgen entgegengesetzter Strömungen fehlte. Hier soll diese Bewegung, soweit

sie in oberstrichterlichen Entscheidungen zu Tage tritt, in Bezug auf die wichtigsten Fragen des Körperschaftsrechtes verfolgt und beleuchtet werden. Da indes das Handelsrecht als solches aus unserer Besprechung ausscheidet, kann die Rechtsprechung über handelsrechtliche Verbände hier nur insoweit Beachtung finden, als sie grundsätzliche Fragen des allgemeinen Körperschaftsrechts berührt.

### a) Das Geltungsgebiet des Rechtes der Verbandspersönlichkeit.

Hinsichtlich der Abgrenzung des Begriffes einer selbständigen Verbandspersönlichkeit hat die Praxis des letzten Jahrzehnts an dem in Deutschland seit längerer Zeit befestigten Herkommen festgehalten, freilich aber auch die herkömmlichen Schwankungen bisher nicht überwunden.

Einig ist sie geblieben, daß der Begriff der „juristischen Person" nicht auf die ausdrücklich mit diesem Namen oder mit „Korporationsrechten" ausgestatteten Verbände einzuschränken, sondern jedenfalls auf alle körperschaftlich organisirten Genossenschaften anzuwenden ist, die als solche durch ein für ihre Gattung erlassenes Gesetz für rechtsfähig erklärt sind. So heißt es in einem Erk. des R.G. (I. Sen.) v. 9. Febr. 1889 (b. Seuff. XLIV Nr. 227 II S. 453), die eingetragene Genossenschaft sei eine „juristische Person"; in einem durch Erk. des R.G. (VI. Sen.) v. 17. Sept. 1888 bestätigten Erk. des O.L.G. Stuttgart v. 6. April 1888 (ebenda I S. 451) wird sie als eine „Genossenschaft, welcher juristische Persönlichkeit zukommt", charakterisirt; in einem Erk. des R.G. (III. Sen.) v. 2. Okt. 1891 (E.S. XXVIII Nr. 13 S. 72) wird ausgeführt, daß „trotz aller sonstigen Unterschiede darin jedenfalls Genossenschaft und Aktiengesellschaft gleichstehen, daß sie ein von den ihr Substrat ausmachenden Genossen und

Aktionären verschiedenes Rechtssubjekt bilden, dessen Rechte keineswegs den Einzelnen zustehen"; und im Erk. des R.G. (I. Sen.) v. 28. Nov. 1888 (E.S. Bd. XXIII Nr. 43 S. 202) wird von dem „in der Doktrin und Rechtsprechung anerkannten" Satze ausgegangen, daß den auf Grund des preuß. Berggeſ. v. 24. Juni 1865 errichteten „Gewerkschaften, ebenso wie den Aktiengesellschaften und eingetragenen Genossenschaften die Eigenschaft einer juristischen Person zukommt". Wenn oft noch die Neigung hervortritt, die Namen „juristische Person" und „Körperschaft" möglichst zu vermeiden, so hat dies keine sachliche Bedeutung. Denn durchweg werden auf Aktiengesellschaften, eingetragene Genossenschaften, Gewerkschaften und andere durch moderne Spezialgesetze geregelte Genossenschaften die allgemeinen Grundsätze des Körperschaftsrechtes angewandt, während jede Anwendung des Sozietätsrechtes auf sie mit Entschiedenheit abgelehnt wird. Daß die Praxis auch bei den durch das R.Ges. v. 20. April 1892 eingeführten Gesellschaften mit beschränkter Haftpflicht in gleicher Weise verfahren wird, läßt sich mit Sicherheit voraussagen. Wenn es in einem Beschl. des Berliner Kammergerichts v. 19. Sept. 1892 (b. Seuff. XLVIII Nr. 127) heißt, durch die Eintragung einer derartigen Gesellschaft entstehe „ein neues Rechtssubjekt", so liegt auch dem Erk. des R.G. (I. Sen.) v. 18. Apr./5. Mai 1894 (E.S. XXXIII Nr. 20) offenbar die gleiche Auffassung zu Grunde.

Auf der anderen Seite hat sich die deutsche Praxis der Erstreckung des Begriffes der juristischen Person auf Gemeinschaften zur gesammten Hand und namentlich auf die offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft im Ganzen nach wie vor erwehrt. Scharf stellt z. B. das Erk. des R.G. (I. Sen.) v. 22. Okt. 1887 (E.S. XIX Nr. 36 S. 193 ff.), den eingetragenen Genossenschaften, die „als Körperschaften organisirte Verbindungen sind", die offene Handels-

gesellschaft und die Kommanditgesellschaft als Gesellschaften gegenüber, „bei welchen die Einzelnen als solche, wenn auch durch Vertrag verbunden, nach außen auftreten". Ebenso geht der Beschluß des R.G. (III. Sen.) v. 15. Dez. 1893 (E.S. XXXII Nr. 110), der dem Kommanditisten die Zeugnißfähigkeit im Prozeß der Kommanditgesellschaft abspricht, davon aus, „daß die offene Handelsgesellschaft nicht eine von den einzelnen Gesellschaften verschiedene Person bildet", und fügt hinzu, daß die Kommanditgesellschaft grundsätzlich dieselbe rechtliche Natur habe und daher gleichfalls „keine die Persönlichkeit der einzelnen Gesellschaften absorbirende selbständige Person" sei. Denselben Standpunkt nehmen zahlreiche andere reichsgerichtliche Entscheidungen ein; vgl. z. B. Erk. v. 15. Dez. 1886, E.S. XVII Nr. 191 S. 365, u. die dort S. 368 weiter angeführten Entscheidungen, Erk. v. 15. Febr. 1892 ib. XXX Nr. 46 S. 152, v. 30. Nov. 1892 ib. Nr. 11 S. 34, v. 29. April 1893 ib. XXXI Nr. 16 S. 83, auch v. 28. Nov. 1890 b. Seuff. XLVI Nr. 206 u. v. 15. Febr. 1893 ib. XLVIII Nr. 194. Desgleichen des O.L.G. Hamburg im Beschl. v. 27. Jan. 1886 ib. XLII Nr. 127 u. v. 19. Dez. 1890 ib. XLVI Nr. 205. Allein völlig ist der Widerspruch nicht verstummt. Das Reichsgericht selbst spricht bisweilen in unklarer Weise von einer besonderen „Persönlichkeit" der Handelsgesellschaft, die nur keine „eigentliche juristische Person" sei (so Erk. v. 28. April 1886, E.S. XVI Nr. 1 S. 2 u. 3), oder von einem „Rechtssubjekte mit selbständigem Vermögen", das als solches, obschon „keine juristische Person", doch „unabhängig von den Personen der Gesellschafter" bestehe (so Erk. v. 14. Mai 1886 ib. Nr. 4 S. 17—18). Und das O.L.G. Hamburg, das schon in einem Erk. v. 30. Sept. 1889 (b. Seuff. XLV Nr. 164 S. 265) die Handelsgesellschaft als ein „selbständiges Rechtssubjekt" bezeichnet, sagt neuerdings im Erk. v. 4. Okt. 1893 (ib. XLIX

Nr. 171) der vom R.O.H.G. und vom R.G. durchgeführten Auffassung förmlich Fehde an, indem es ausführt, daß die eigene Rechtssubjektivität der offenen Handelsgesellschaft schon aus ihrer anerkannten Parteifähigkeit, die sonst ein Unding wäre, folge und daß ihr in der That, obschon nicht der Name, doch „jedenfalls der wesentliche Inhalt des Begriffes der juristischen Person verliehen" sei. Schwerlich wird durch solche Angriffe die herrschende Praxis erschüttert werden. Es wäre aber erwünscht, wenn sie nicht nur in der Verneinung der selbständigen Persönlichkeit der Handelsgesellschaft einig bliebe, sondern auch hinsichtlich der positiven Konstruktion der nun doch einmal unleugbar vorhandenen gesellschaftlichen Einheit einen festen Standpunkt gewönne. Soweit lediglich die objektive Einheit des Handelsgesellschaftsvermögens in Frage steht, reicht zu deren Konstruktion der Begriff des „Sondervermögens" aus, den das Reichsgericht neuerdings in der Anwendung auf Schiffsvermögen vortrefflich entwickelt hat (Erk. v. 6. Juli 1892, E.S. XXXII Nr. 2 S. 10 ff., auch v. 29. Nov. 1893 ib. XXXIII Nr. 18 S. 85 ff.) und auch sonst verwerthet (vgl. z. B. Erk. v. 9. Juli 1890, E.S. XXVI Nr. 64). Mit Recht macht daher die Praxis bei der Beurtheilung der Handelsgesellschaft von diesem Begriffe fort und fort einen ausgiebigen Gebrauch (vgl. z. B. Erk. des R.G. v. 28. April u. 14. Mai 1886 ib. XVI Nr. 1 und 4 u. v. 30. Nov. 1892 ib. XXX Nr. 11 S. 34). Soll aber nicht das Gesellschaftsvermögen selbst zur Person erhoben werden, woran glücklicher Weise trotz einer hier und da begegnenden Annäherung an eine derartige Vorstellungsweise (vgl. z. B. a. a. O. XVI S. 2) im Ernste nicht gedacht wird, so muß auch die subjektive Einheit der als Trägerin dieses Vermögens anerkannten Gesellschaft einen begrifflichen Ausdruck finden. Das Dasein einer subjektiven Einheit wird nun zwar häufig betont und in seinen rechtlichen Wirkungen gewürdigt: man

geht davon aus, daß die Gesellschafter in ihrer gesellschaftlichen Verbundenheit und nur in dieser das Subjekt des Gesellschaftsvermögens sind (vgl. z. B. Erk. des R.G. v. 15. Dez. 1886, E.S. XVII Nr. 91, v. 3. Mai 1887 ib. XVIII Nr. 26 S. 139, v. 29. April 1893 ib. XXXI Nr. 16 S. 83 ff. u. v. 23. Nov. 1893 ib. XXXII Nr. 63, O.L.G. Braunschweig v. 14. Febr. 1892 b. Seuff. XLVIII Nr. 257), und man stellt demgemäß die Gesellschaft den einzelnen Gesellschaftern als ein rechts- und handlungsfähiges Ganze gegenüber (vgl. z. B. Erk. des R.G. v. 24. Febr. 1888 b. Seuff. XLV Nr. 110 S. 185, v. 28. Nov. 1890 ib. XLVI Nr. 206 S. 329 u. v. 30. Nov. 1892, E.S. XXX Nr. 31 S. 35). Allein zu einem festen Begriffe dieser subjektiven Einheit bringt man es nicht. Und gerade deshalb droht sie immer wieder entweder sich zu verflüchtigen oder in die juristische Person umzuschlagen. Könnte man sich entschließen, von der deutschrechtlichen Gemeinschaft zur gesammten Hand auszugehen, ihr personenrechtliches Wesen anzuerkennen und den der personenrechtlichen Gemeinschaft adäquaten Begriff der „Personeneinheit" zu prägen, so gewönne man sicheren Halt. An Ansätzen hierzu fehlt es nicht. So enthält das Erk. des R.G. (I. Sen.) v. 17. März 1886 (E.S. XVI Nr. 11, bes. S. 48, 51, 54, 55, 57 u. 59) zutreffende Ausführungen über die in dem germanischen Ursprunge und den familienrechtlichen Wurzeln der offenen Handelsgesellschaft begründete personenrechtliche Verbundenheit der Gesellschafter. Meist aber wird das personenrechtliche Band ignorirt, und mitunter (wie im Erk. des R.G. v. 4. Okt. 1887, E.S. XIX Nr. 33) wird es gröblich verkannt. — Auch bei anderen Gemeinschaften zur gesammten Hand gelangt die Praxis, während sie in der Ablehnung der Personifikation einig ist, noch immer nicht zu einem festen positiven Begriff. So haben bei der Konstruktion der ehe-

lichen Gütergemeinschaft in den letzten Jahren wieder die verschiedenartigsten Theorien bei den Gerichten Anklang gefunden. Ein Erk. des Obst. L.G. f. Bayern v. 11. Mai 1889 (b. Seuff. XLIV Nr. 258) erklärt die längst todt geglaubte „Sozietätstheorie des römischen Rechts" für gemeinrechtlich maßgebend und behandelt deshalb hinsichtlich der Schulden die Ehegatten als gewöhnliche „correi debendi". Nach der im Erk. des R.G. v. 11. Dez. 1889 (b. Seuff. XLVI Nr. 76) als irrevisibel zu Grunde gelegten Annahme des O.L.G. Stuttgart besteht in Württemberg ein „Miteigenthum" der Ehegatten. Für das altmünsterische Recht schreibt das Erk. des R.G. v. 3. Jan. 1888 (C.S. XX Nr. 58) auf Grund der Feststellungen des L.G. Osnabrück und des O.L.G. Celle jedem Ehegatten ein „Gesammteigenthum" im Sinne des dominium plurium in solidum zu. Ein für das Gebiet des preußischen Landrechts ergangenes Erk. des R.G. v. 21. Jan. 1889 (C.S. XXIII Nr. 63) begnügt sich mit dem negativen Satze: „Das gütergemeinschaftliche Vermögen schließt seiner rechtlichen Natur nach, solange die Ehe besteht, die Annahme einer Theilung nach Quoten in der Art, daß jedem der Ehegatten die Hälfte davon gehöre, aus" (S. 290). Dagegen wird in einem Erk. des O.L.G. Oldenburg v. 18. April 1891 (b. Seuff. XLVIII Nr. 97 II) für die Gütergemeinschaft des alten Vareler Rechts nicht nur jede Quotentheilung verneint, sondern der positive Begriff einer deutschrechtlichen Gemeinschaft „zur gesammten Hand" mit Konsolidationsrecht entwickelt. Den Gedanken der hierbei zu Grunde liegenden Personeneinheit bringt ein Beschl. des O.L.G. Hamburg v. 10. März 1884 (Seuff. XLI Nr. 316) zum Ausdruck, indem er die eheliche Schuldengemeinschaft aus der „vermögensrechtlichen Einheit der Personen von Mann und Frau" herleitet und hieraus folgert, daß Bestandtheile des Sammtgutes, bei

denen das Pfändungshinderniß des § 715 Z. 4 der C.P.O. auch nur in der Person der Frau begründet ist, der Pfändung der Gläubiger entzogen sind. Sachlich geht auch das Erk. des R.G. v. 11. April 1889 (C.S. XXIII Nr. 59) von einer solchen Personeneinheit aus, trägt aber nicht gerade zur Klärung der Begriffe bei, wenn es hierbei „das gütergemeinschaftliche Vermögen als solches" und „die eheliche Genossenschaft" gleichsetzt.

Bei der Behandlung der nicht ausdrücklich als rechtsfähig anerkannten Genossenschaften dauert der alte Zwiespalt fort. Im Gebiete des gemeinen Rechtes scheint freilich jetzt Einigkeit darüber zu herrschen, daß jeder rechtsbeständige Verein, der durch sein Satzungsrecht als Körperschaft organisirt ist, vor Gericht als Partei auftreten kann. Auch wird schwerlich ein Widerspruch erhoben werden können, wenn ein Beschl. des Obst. L.G. f. Bayern v. 20. Sept. 1888 (b. Seuff. XLIV Nr. 178), der die bisherige Praxis lebhaft gegen Roth und Stobbe vertheidigt, aus der Parteifähigkeit zugleich die Fähigkeit zu Akten der freiwilligen Gerichtsbarkeit folgert und deshalb einem weder mit „Korporationsrechten" noch mit den Rechten eines „anerkannten Vereins" ausgerüsteten Vereine mit der vollen „aktiven und passiven Gerichtsfähigkeit" auch die Fähigkeit zuspricht, durch den statutarisch ermächtigten Ausschußvorstand eine Löschungsbewilligung hinsichtlich einer auf den Namen des Vereins eingetragenen Hypothek zu ertheilen. Allein die Frage, ob denn nun hinter dieser gerichtsfähigen Einheit eine Körperschaft oder eine Gesellschaft oder was sonst steckt, wird nach wie vor ungleich beantwortet. Das Obst. L.G. f. Bayern neigt zu möglichst ausgedehnter Anwendung des Körperschaftsrechts, wie es denn auch in dem erwähnten Beschlusse bemerkt, daß die moderne Anschauung und das praktische Bedürfniß

forderten, derartige Genossenschaften „zum Mindesten" hinsichtlich der Gerichtsfähigkeit den juristischen Personen gleichzustellen. Abweichend von seiner sonstigen Praxis hat jüngst auch das R.G. im Erk. des VI. Sen. v. 12. April 1894 (E.S. XXXIII Nr. 38) sich entschieden für die Unterstellung organisirter Vereine unter Körperschaftsrecht erklärt (bes. S. 179). Ebenso beurtheilt das O.L.G. Kiel im Erk. v. 9. Nov. 1888 (b. Seuff. XLIV Nr. 101) einen behufs Erwerbung und Nutzbarmachung von Grundeigenthum errichteten, auf Antheile gebauten, mit Statut und Vorstand ausgerüsteten, jedoch nicht als „juristische Person" anerkannten Verein nach Körperschaftsrecht, weil nicht eine „römisch-rechtliche Sozietät", sondern „ein Verein, welcher unabhängig von den einzelnen Mitgliedern eine selbständige Existenz hat", vorliege. Auch das O.L.G. Kassel spricht im Erk. v. 20. Jan. 1888 u. 2. Nov. 1891 (b. Seuff. XLVII Nr. 290 u. XLVIII Nr. 25) Personenvereinen ohne anerkannte juristische Persönlichkeit nicht nur Parteifähigkeit, sondern auch Privatrechtsfähigkeit zu, wobei es freilich das eine Mal auf „die Analogie der juristischen Person" verweist (a. a. O. XLVIII S. 35), das andere Mal in dem Verein nur „die Gesammtheit der jeweiligen Mitglieder mit einer Beschränkung ihrer etwaigen Haftung auf das Vereinsvermögen", also wohl eine Rechtsgemeinschaft zur gesammten Hand, erblicken will (a. a. O. XLVII S. 452). Dagegen hält das R.G. in einem Erk. des IV. Sen. v. 23. Febr. 1894 (b. Seuff. XLIX Nr. 248) an der von ihm schon oft ausgesprochenen Ansicht fest, daß sich eine Genossenschaft solcher Art, „wenn sie auch in Bezug auf die Prozeßfähigkeit einer Korporation gleichsteht, doch nach ihrer materiellrechtlichen Seite . . . als eine Gesellschaft (modifizirte Sozietät) darstellt und namentlich in Bezug auf die Haftpflicht Dritten gegenüber den Grundsätzen des Gesellschaftsrechts unterliegt". Wenn es aber hier-

aus folgert, daß ein die Genossenschaft verurtheilendes Erkenntniß auch gegen die einzelnen Mitglieder, die ja nach Gesellschaftsrecht die Träger der gesellschaftlichen Verbindlichkeiten seien, vollstreckbar sein werde, so thut es weise daran, sich auf eine Erörterung der „Einzelheiten" dieses „Ausweges" nicht einzulassen. Denn wie soll man sich, wenn das Urtheil gegen eine durch ihren Vorstand vertretene Genossenschaft als solche erlassen ist, eine Vollstreckung vorstellen, die etwas Anderes als das Genossenschaftsvermögen einschließlich der dazu gehörigen Beitragsforderungen ergriffe? Fehlt es doch an jeder Feststellung des Mitgliederbestandes und somit der Personen, die angeblich als „Einzelne" beklagt und verurtheilt waren! Und ist denn mit dem Hinweis auf „die Grundsätze des Gesellschaftsrechtes" schon entschieden, ob nur die zur Zeit der Schuldbegründung vorhanden gewesenen oder nur die gegenwärtigen oder alle jetzigen und ehemaligen Mitglieder und ob sie nach Antheilen oder solidarisch haften? Offenbar wäre der Satz, daß ein gegen die Genossenschaft als Prozeßpartei erlassenes Urtheil materiell gegen die Einzelnen wirke, nicht ohne die größte Unbilligkeit durchführbar. Wo Parteifähigkeit im Civilprozeß vorliegt, muß eben dahinter auch eine Privatrechtsfähigkeit vorhanden sein. Es ist möglich, daß sich in der Zulassung einer verbundenen Personenmehrheit als einheitlicher Prozeßpartei lediglich die Anerkennung einer rechtsfähigen „Personeneinheit" im Sinne der deutschrechtlichen gesammten Hand offenbart. Wird aber ein körperschaftlich organisirter Verein als Prozeßpartei behandelt, so ist damit auch in materiellrechtlicher Hinsicht die seiner Organisation entstammende subjektive Einheit und somit seine selbständige Persönlichkeit anerkannt. — Für das Gebiet des badischen Rechtes, wie überhaupt des rheinisch-französischen Rechtes, hat das R.G. im Erk. v. 3. Juni 1887 (E.S. XVIII Nr. 74

S. 349) im Gegensatze zum O.L.G. Karlsruhe, das einem geselligen Vereine, obschon ihm die Rechte einer juristischen Person nicht verliehen waren, Rechtssubjektivität zugesprochen hatte, jede Möglichkeit verneint, einen derartigen Verein als ein „von den physischen Personen der Mitglieder getrenntes Rechtssubjekt" zu behandeln. — Im Bereiche des sächsischen Gesetzbuchs legt das O.L.G. Dresden im Erk. v. 15. April 1887 (b. Seuff. XLIII Nr. 19) einer nicht eingetragenen Genossenschaft, obschon sie keine juristische Person, sondern eine Gesellschaft sei, Parteifähigkeit bei, weil sie als „korporativ organisirte Gesellschaft" eine im Wechsel der Mitglieder beständige und durch Organe vertretene Einheit bilde und das sächsische Gesetzbuch so wenig wie das gemeine Recht einer Fortbildung der Grundsätze des Gesellschaftsvertrages mit derartigem Erfolge entgegenstehe. — Für das Gebiet des preußischen Landrechts endlich gewährt das R.G. (IV. Sen.) im Erk. v. 25. Sept. 1890 (E.S. XXVII Nr. 43) den „erlaubten Privatgesellschaften" ausdrücklich und unbedingt die ihnen vom Kammergericht versagte Gerichtsstandschaft. Uebrigens unterstellt es auffallenderweise in einem Erk. des I. Sen. v. 15. Juni 1889 (E.S. XXV Nr. 41) eine Versicherungsgenossenschaft auf Gegenseitigkeit ohne weiteres dem Begriff der „erlaubten Privatgesellschaft", während es im Erk. desselben Sen. v. 7. April 1886 (E.S. XVI Nr. 44) allen Anfechtungen zum Trotz die Meinung festgehalten und ausführlich begründet hatte, daß alle Vereine für „Privatvermögenszwecke" der Mitglieder unter A.L.R. I Tit. 17 und nur Vereine für einen „objektiven oder immateriellen Zweck" unter A.L.R. II Tit. 6 fallen. Hoffentlich ist hiermit die von Rosin, Dernburg, dem Berichterstatter und jetzt auch Eccius vertretene Auffassung, nach der jeder körperschaftlich organisirte Verband als „erlaubte Privatgesellschaft" zu handeln ist, zum Durchbruch gelangt.

Das hochadlige Haus wird in einem Erk. des R.G. (IV. Sen.) v. 20. Sept. 1888 (E.S. XXII Nr. 51) als eine durch den jeweiligen ebenbürtigen Mannsstamm repräsentirte „Gesammtperson" anerkannt (S. 250). Ein Erk. des R.G. (VI. Sen.) v. 11. April 1892 (E.S. XXIX Nr. 32) behandelt auch die altadelige Züricher Familie von Orelli als parteifähige Körperschaft (S. 124, 126, 130).

Was die Persönlichkeit von Anstalten und Stiftungen angeht, so ergiebt das Erk. des Obst.L.G. f. Bayern v. 2. April 1889 (b. Seuff. XLIV Nr. 241), daß dieser Gerichtshof immer noch an der vom R.G. (E.S. V Nr. 37) verworfenen Auffassung der Stiftung als eines personifizirten Vermögens festhält. Denn er findet den Unterschied zwischen „Stiftung" und „Korporation" darin, daß dort eine juristische Persönlichkeit „an das einem bestimmten Zweck gewidmete Vermögen selbst und unmittelbar geknüpft", hier „die Gesammtheit der für einen bestimmten Zweck vereinigten physischen Personen" Trägerin der juristischen Persönlichkeit sei.

Nicht zu billigen ist es, wenn im Beschl. des R.G. (V. Sen.) v. 4. April 1894 (E.S. XXXIII Nr. 90) die Konkursmasse als Prozeßpartei bezeichnet wird, der als einer „nicht physischen Person" das den „juristischen Personen" fehlende Armenrecht zu versagen sei. Hiermit wird doch, wenn nicht bloß eine unklare Vorstellung erweckt werden soll, die Konkursmasse in unzulässiger Weise zum Rechtssubjekte erhoben. Eine ähnliche Auffassung kommt schon im Erk. des R.G. v. 24. April 1885 (E.S. XIV Nr. 81 S. 306—307) zum Ausdruck. Richtig sagt dagegen das Erk. des R.G. (V. Sen.) v. 30. März 1892 (E.S. XXIX Nr. 10 S. 36), der Konkursverwalter könne nicht Vertreter der Konkursmasse sein, da diese „überhaupt kein Vermögenssubjekt, sondern nur ein der Verfügung des Konkursverwalters unterworfenes Vermögensobjekt" bilde. Die

Antwort auf die vielumstrittene Frage, wer denn eigentlich das vom Konkursverwalter vertretene Rechtssubjekt ist, bleibt freilich gerade dieses Erkenntniß schuldig.

b) Begründung von Körperschaften.

Das Wesen der Körperschaftserrichtung als eines eigenartigen Schöpfungsaktes wird von der neueren Praxis richtig gewürdigt. Insbesondere wird daher die Gründung einer Körperschaft im Wege der freien Vereinigung nicht mehr, wie ehemals zu geschehen pflegte, als Vertragsschluß, sondern als konstitutiver Gesammtakt aufgefaßt. Vortrefflich äußert sich darüber das R.G. (I. Sen.) im Erk. v. 16. Okt. 1888 (C.S. XVIII Nr. 11) bei Erörterung des Wesens der Aktiengesellschaftsgründung, die als „Begründung eines selbständigen Organismus" durchaus unter den Gesichtspunkt der Körperschaftserrichtung falle: „jeder einzelne Betheiligte setzt sich zum Gliede der Körperschaft, und alle setzen dadurch das Ganze; jeder scheidet aus seinem Vermögen einen Bestandtheil aus und weist ihn der zu begründenden Körperschaft zu, und jeder genehmigt die Verfassung, welche seine Mitgliedschaft regelt" (S. 66). Aehnlich spricht sich unter ausdrücklicher Berufung auf diese Stelle der Beschl. der vereinigten Civilsenate v. 30. Juni 1892 (C.S. XXXI Nr. 3 S. 21) aus.

Hiermit ist die Praxis in den Stand gesetzt, bei der Beurtheilung der im Gründungsstadium vorgenommenen Rechtshandlungen die Unterscheidung zwischen dem, was als Element der einheitlichen Gründungshandlung in den Bereich des körperschaftlichen Werdevorganges fällt, und dem, was als individuelles Rechtsgeschäft dem Sonderleben der Einzelnen angehört, grundsätzlich durchzuführen. Mit sachgemäßem Erfolge geschieht dies in dem erwähnten Erk. des R.G. v. 16. Okt. 1886. Hier werden alle Versprechen und Versprechensannahmen, die

schon der Form oder doch der Sache nach sich als integrirende Bestandtheile der auf Konstituirung der Aktiengesellschaft gerichteten Thätigkeit der Einzelnen darstellen, als maßgebend für die Daseinsmodalitäten der Aktiengesellschaft anerkannt. Dagegen wird richtig ausgeführt, daß insoweit, als die Einzelnen nur als Einzelne bezüglich ihrer künftigen Betheiligung Zusagen machen oder empfangen, daraus Rechte oder Pflichten der Aktiengesellschaft nicht entspringen. So hält denn auch die Praxis in zutreffender Würdigung der Doppelnatur der Aktienzeichnung als Theilnahme an der Körperschaftserrichtung und als Individualrechtsgeschäft daran fest, daß der Zeichner dem von ihm mitgeschaffenen Rechtssubjekte nicht etwaige Mängel der zwischen ihm und den andern Zeichnern oder Dritten getroffenen Vereinbarungen entgegensetzen und somit z. B. seine Betheiligung nicht deshalb ablehnen kann, weil dabei ein Irrthum oder eine Simulation obgewaltet habe; vgl. Erk. des R.G. v. 13. Juli 1887, E.S. XIX Nr. 24, u. v. 30. Mai 1891 ib. XXVIII Nr. 14, auch Erk. des O.L.G. Celle v. 8. Dez. 1886 u. des R.G. v. 10. Juli 1887 b. Seuff. XLIV Nr. 203.

Auch hinsichtlich der Frage nach der Wirksamkeit der dem Gründungsstadium angehörigen Rechtshandlungen für und wider die Körperschaft geht die Praxis im Ganzen von richtigen Gesichtspunkten aus. Allgemein wird angenommen, daß die Körperschaft die Rechte, die ihr für den Fall ihres Zustandekommens durch Verträge der Gründer unter einander oder mit Dritten ausbedungen sind, unmittelbar mit ihrer Entstehung erwirbt. Die Geltung dieses Satzes bei der Aktiengesellschaftsgründung stellt namentlich das Erk. des R.G. (V. Sen.) v. 6. Juli 1889 (E.S. XXIV Nr. 3) außer Zweifel, wobei es freilich eine nähere Erörterung der juristischen Konstruktion des unmittelbaren Rechtserwerbes ablehnt und insbesondere dahingestellt läßt, ob (wie Verfasser meint) von dem

Begriff eines Vertragsschlusses zu Gunsten eines noch nicht vorhandenen Dritten auszugehen ist (S. 23). Zugleich ist man darüber einig, daß die Körperschaft unmittelbar mit ihrer Entstehung auch in solche Verbindlichkeiten eintritt, die entweder im Voraus für sie auf gehörige Weise als Daseinsbedingungen festgesetzt waren oder aber mit den von ihr erworbenen Rechten untrennbar verknüpft sind. In diesem Sinne entscheidet das erwähnte Erk. des R.G. v. 6. Juli 1889, daß im Falle fraudulöser Einbringung von Sachen der Gründer in eine Aktiengesellschaft der Anfechtungsanspruch der verkürzten Gläubiger auch gegen die Aktiengesellschaft verfolgbar bleibe, weil diese die ihr zugewandten Vermögensrechte nur belastet mit den beim Vertragsschluß auf ihnen ruhenden Verbindlichkeiten habe erwerben können (S. 23 ff.). Dagegen ist natürlich die Körperschaft durch Vereinbarungen, durch die sie in unzulässiger Weise mit Verpflichtungen beschwert werden sollte, nicht gebunden; vgl. Erk. des R.G. (I. Sen.) v. 29. Mai 1886, E.S. XVIII Nr. 1, auch Erk. des O.L.G. Braunschweig v. 13. Juni 1885 b. Seuff. XLII Nr. 236. Auch eine unbeauftragte Geschäftsführung für eine künftige Verbandsperson muß mit dem Erk. des R.G. v. 30. Okt. 1886 (b. Seuff. XLII Nr. 112) grundsätzlich als möglich und wirksam anerkannt werden. Nur hätte freilich in dem hier behandelten Falle eine solche nicht angenommen werden dürfen. Ein im Gebiete des preußischen Landrechtes als „erlaubte Privatgesellschaft" bestehender evangelischer Männer- und Jünglingsverein hatte ein Grundstück mit der Abrede gekauft, daß zwar der Besitz dem Vereine sofort übertragen, die Auflassung an ihn aber erst nach Erlangung der Korporationsrechte vollzogen werden sollte. Hierin erblickt das R.G. einen in unbeauftragter Geschäftsführung für eine künftige juristische Person bedingt abgeschlossenen Kaufvertrag. Offenbar aber

war es dasselbe Rechtssubjekt, das den Vertrag geschlossen hatte und Eigenthum erwerben sollte. Durch die Verleihung der Korporationsrechte wird die „erlaubte Privatgesellschaft" nur aus einer unvollkommen anerkannten Körperschaft in eine vollständig anerkannte Körperschaft verwandelt. Der Verein bedang sich die Auflassung für den Fall aus, daß er die ihm zur Zeit noch fehlende Fähigkeit zum Erwerbe von Grundeigenthum erlangen sollte. Daß schließlich schon nach allgemeinen Grundsätzen eine Körperschaft auch deliktische Ansprüche gegen ihre Gründer erheben kann, wenn diese durch widerrechtliche Handlungen sie im Voraus mit schädigenden Daseinsbedingungen belastet haben, erkennt das R.G. (I. Sen.) im Erk. v. 16. Okt. 1886 (E.S. XVIII Nr. 11) an, indem es der Aktiengesellschaft unabhängig von den durch die Novelle von 1884 getroffenen Bestimmungen einen gemeinrechtlich mit der actio doli durchzusetzenden Ersatzanspruch gegen ihre Gründer aus böswilliger Werthüberschätzung gewährt (S. 70—74). Andererseits wird im Erk. des R.G. (I. Sen.) v. 14. Mai 1890 richtig entschieden, daß auch nach der Novelle von 1884 eine zur Ausbeutung eines bestimmten Erfindungspatentes errichtete Aktiengesellschaft wegen zu hoher Angabe des Erwerbspreises für das übernommene Patent zwar Schadensersatz fordern, nicht aber den ganzen Vertrag rescindiren kann, weil sie damit ihre eigene Existenzgrundlage zerstören würde (E.S. XXVI Nr. 9 S. 37—43).

Mit einer derartigen Anerkennung unmittelbar für und wider die Körperschaft eintretender Wirkungen von Handlungen des Gründungsstadiums steht es natürlich nicht in Widerspruch, wenn der Körperschaft jeder Rechtsanspruch aus solchen vor ihrer Errichtung abgeschlossenen Rechtsgeschäften versagt wird, bei denen die Einzelnen nicht für die künftige Körperschaft, sondern für sich selbst Versprechen geleistet und angenommen

haben. Dahin gehören z. B. nach dem Erk. des R.G. v. 16. Okt. 1886 (E.S. XVIII Nr. 11) Zusicherungen über die Beschaffenheit einer Sacheinlage, die bei den Verhandlungen vor der Errichtung einer Aktiengesellschaft Einzelnen gemacht sind, um sie zur Betheiligung zu veranlassen (S. 66—70).

Von selbst versteht es sich ferner, daß eine Körperschaft vor ihrer Entstehung nicht selbst handeln und daher auch nicht durch eine als ihr künftiges Organ in Aussicht genommene Person einen Vertrag schließen kann. Dies wird im Erk. des R.G. (I. Sen.) v. 17. Jan. 1894 (E.S. XXXII Nr. 25) hinsichtlich eines für eine Aktiengesellschaft vor ihrer Eintragung geschlossenen Lieferungsvertrages mit Recht unter Verwerfung der gegentheiligen Annahme des Kammergerichts ausgesprochen. Doch wird hier einerseits dieser Satz unrichtiger Weise auf die mit der Gründung nicht zusammenhängenden Rechtsgeschäfte eingeschränkt, während auch im Rahmen der Gründung ein rechtsgeschäftliches Handeln zwar mit Wirkung für und wider das künftige Rechtssubjekt, nicht aber, wie das R.G. meint, kraft einer gesetzlichen Ausnahme bereits in dessen Namen stattfindet. Andererseits wird die sachlich zutreffende Entscheidung durch den Nachweis, daß die Aktiengesellschaft selbst nicht kontrahirt hat und auch nicht etwa durch unbeauftragte Geschäftsführung ihres künftigen Organs gebunden werden konnte, nicht ausreichend begründet. Denn immerhin war der fragliche Vertragsschluß nicht ohne jede Bedeutung für die Aktiengesellschaft, sondern konnte als Vertragsschluß zu Gunsten eines noch nicht vorhandenen Dritten wirksam werden. Nach dieser Auffassung aber hatte die Aktiengesellschaft, da es sich nicht um die Festsetzung der von ihr hinzunehmenden Daseinsgrundlagen handelte, nach ihrer Entstehung die freie Wahl, ob sie das ihr ausbedungene Recht nebst den ihm anhaftenden Verpflichtungen annehmen oder ablehnen wollte.

Hält man daran fest, daß eine Körperschaft vor ihrer Entstehung nicht kontrahiren kann, daß aber eine Aktiengesellschaft erst mit der Eintragung entsteht, so wird man gegen die im Erk. des R.G. (IV. Sen.) v. 7. Mai 1888 (E.S. XXI Nr. 46) enthaltene Begründung einer an sich richtigen Entscheidung Bedenken nicht unterdrücken können. Bei der Simultangründung einer Aktiengesellschaft hatten die Gründer unmittelbar nach Feststellung des Statuts und Uebernahme sämmtlicher Aktien in einer besonderen notariellen Urkunde festgesetzt, daß einer der Gründer ein Grundstück zu einem von der Gesellschaft durch Schuldübernahme und Aktiengewährung zu berichtigenden Preise in Anrechnung auf das Grundkapital einbringe und daß dieser Vertrag ein integrirender Theil des Gesellschaftsvertrages sein solle. Das Reichsgericht führt zutreffend aus, daß hier ein besonderer Vertrag geschlossen sei, der nicht nachträglich der bereits fertigen Gründungshandlung einverleibt werden konnte, und charakterisirt diesen Vertrag behufs Feststellung der Stempelpflicht richtig als Kaufvertrag. Allein es konstruirt ihn nicht als einen zu Gunsten und zu Lasten eines künftigen Rechtssubjektes, sondern als einen zwischen der nach Art. 209d Abs. 1 des H.G.B. bereits „errichteten" Aktiengesellschaft und einem ihrer Gründer geschlossenen Vertrag (S. 251). Diese Vordatirung der Handlungsfähigkeit einer noch nicht „entstandenen" Verbandsperson ist nicht nur theoretisch unhaltbar, sondern auch praktisch bedenklich. Denn gerade wenn es sich um einen im Gründungsstadium geschlossenen, aber nicht in die Gründungshandlung aufgenommenen Vertrag handelt, muß die Aktiengesellschaft nach ihrer Eintragung frei zu entscheiden haben, ob sie in den Vertrag eintreten will oder nicht. Nimmt man aber an, sie habe selbst kontrahirt, so ist sie gebunden. Eine derartige Auslegung der in Art. 209d über den Zeitpunkt der „Errichtung" getroffenen

Bestimmung wäre geeignet, die Vorschrift des Art. 211 des H.G.B. geradezu in die Luft zu sprengen!

In der wegen Meinungsverschiedenheit zwischen dem I. und IV. Civilsenat von den vereinigten Civilsenaten des R.G entschiedenen Frage, ob die Simultangründung einer Aktiengesellschaft ein stempelpflichtiges Anschaffungsgeschäft enthalte, ist ein Widerstreit in der Auffassung der Körperschaftsgründung als solcher nicht zu Tage getreten. Denn der Streit drehte sich nur um die Beschaffenheit des zwischen den Gründern als Einzelnen geschlossenen Vertrages, in den der IV. Senat ein gegenseitiges Versprechen der Verschaffung und Anschaffung der übernommenen Aktien hineinlegte, während der Beschluß der vereinigten Civilsenate v. 30. Juni 1892 (E.S. XXXI Nr. 3) in ihm nur eine gegenseitige Zusage erblickt, durch Einlagen die Aktiengesellschaft zu Stande zu bringen und demgemäß bestimmte freie Vermögensbestandtheile in genossenschaftliche Antheile umzuwandeln. Dagegen hatte auch der IV. Senat, nachdem er anfangs sich zweideutig ausgesprochen hatte (Erk. v. 13. Dez. 1888, E.S. XXII Nr. 23 S. 129 ff.), schon im Erk. v. 12. Mai / 19. Juni 1890 (E.S. XXVI Nr. 8) ausdrücklich anerkannt, daß die Aktiengesellschaft selbst jedenfalls nicht als Kontrahentin eines stempelpflichtigen Geschäftes über Verschaffung der Aktien behandelt werden dürfe. Ebenso hatte der VI. Senat im Erk. v. 3. Nov. 1890 (b. Seuff. XLVI Nr. 207) jede Möglichkeit verneint, ein zwischen den Gründern oder Zeichnern und der Aktiengesellschaft geschlossenes Anschaffungsgeschäft anzunehmen. Der Beschluß der vereinigten Civilsenate aber legt überzeugend klar, daß die Aktiengesellschaft, obschon sie zur Ausfertigung und Aushändigung der Aktienurkunden verpflichtet ist, doch die Aktien nicht veräußert, weil sie an ihnen niemals Eigenthum erwirbt, sondern sie bei

ihrer Geburt als ihr gegenüber begründete und von ihr nur anzuerkennende und zu beurkundende Antheilsrechte ihrer Mitglieder vorfindet (E.S. XXXI S. 21 ff.)

Die in ähnlicher Weise bei anderen eintragungsbedürftigen Genossenschaften wiederkehrende Frage, inwieweit eine Aktiengesellschaft durch die Eintragung auch dann zur Entstehung gelangt, wenn sie wegen eines Gründungsmangels nicht hätte eingetragen werden sollen, hat kürzlich K. Lehmann in diesen Jahrbüchern (Bd. XXXIII S. 389 ff.) eingehend erörtert. Darum braucht auf die von ihm beleuchtete Stellungnahme der Praxis zu dieser Frage hier nicht noch einmal eingegangen zu werden. Bemerkt sei nur, daß die von ihm mit Recht angegriffene Neigung, der Eintragung eine geradezu konstitutive Kraft beizulegen, auch in dem auf eine Gesellschaft mit beschränkter Haftpflicht bezüglichen Beschluß des Kammergerichts v. 19. Sept. 1892 (b. Seuff. XLVIII Nr. 127) hervortritt. Denn hier heißt es mit dürren Worten, die Eintragung „schaffe“ das neue Rechtssubjekt, das daher durch sie unabhängig von dem Vorhandensein seiner gesetzmäßigen Grundlage „entstehe“. Nur wenn überhaupt die wesentlichen Merkmale einer Gesellschaft mit beschränkter Haftpflicht gar nicht vorhanden seien, möge es sich rechtfertigen, der Eintragung die schöpferische Wirkung zu versagen. In Wahrheit kann die Eintragung nur solche Mängel heilen, die sich als Verstöße wider bloße Ordnungsvorschriften darstellen. Im Uebrigen bildet die Eintragung, wennschon nach der gesetzlichen Bestimmung durch sie und nur durch sie die Körperschaft ins Dasein tritt, doch keineswegs deren Daseinsgrund. Sind daher die vom Gesetz für wesentlich erklärten formellen oder materiellen Grundlagen des Daseins einer Körperschaft der bestimmten Gattung nicht vorhanden, so kann eine solche Körperschaft auch durch Eintragung nicht „ent-

stehen". Nur der Schein ihres Daseins ist entstanden. Ein solcher öffentlich festgestellter Schein äußert freilich die dem Registerrecht entsprechenden Wirkungen. Allein seine Wiederbeseitigung kann verlangt werden. Und dabei handelt es sich nicht um die Auflösung einer zu Unrecht entstandenen Körperschaft, sondern um die Feststellung, daß eine Körperschaft niemals entstanden war.

c) Körperschaftliche Rechtsverhältnisse.

Mit mancherlei Schwierigkeiten hat die Rechtsprechung fort und fort bei der Beurteilung der Rechtsverhältnisse zu kämpfen, bei denen die Körperschaft und ihre Mitglieder einander als berechtigt und verpflichtet gegenüberstehen.

Mehr und mehr ist die richtige Anschauung durchgedrungen, daß hier Rechtsverhältnisse dreifacher Art zu unterscheiden sind. Denn erstens entspringen dem Körperschaftsrecht rein innere Verhältnisse, bei denen die Verbandsperson und die Einzelpersonen einander lediglich als das einheitliche Ganze und die in ihm beschlossenen Glieder gegenübertreten. Zweitens können zwischen der Körperschaft und ihren Mitgliedern rein äußere Verhältnisse bestehen, bei denen der körperschaftliche Zusammenhang ganz außer Betracht bleibt und demgemäß die Verbandsperson und die Einzelpersonen als einander nebengeordnete Subjekte gesonderter Rechtsbereiche erscheinen. Drittens aber liegen dazwischen unendlich vielgestaltige genossenschaftliche Verhältnisse, bei denen sich innere und äußere Beziehungen der Körperschaft verflechten und demgemäß auch die Einzelpersonen der Verbandsperson zugleich als Mitglieder und als Individuen gegenübertreten. Allein gerade diese gemischten Verhältnisse, die sich als körperschaftliche Sonderrechtsverhältnisse bezeichnen lassen, rufen ein Heer

von Zweifeln wach. Da sie sich nicht nur sowohl mit reinen Körperschaftsverhältnissen wie mit freien Sonderrechtsverhältnissen berühren, sondern auch vielfach aus diesen oder jenen hervorgehen und in diese oder jene übergehen, bleibt ihre Abgrenzung nach beiden Seiten hin unsicher. Und wo ist, wenn das Dasein eines Zwischengebildes feststeht, das feste Richtmaß zu finden, um die Geltungsbereiche der zusammenstoßenden Prinzipien des Körperschaftsrechts und des Individualrechts abzumarken?

Die Praxis hilft sich von Fall zu Fall. Sie sucht bei jeder Einzelfrage theils aus dem typischen Recht der betreffenden Körperschaftsgattung, theils aus dem Satzungsrechte der einzelnen Körperschaft zu ermitteln, wie weit sich die Rechtsbereiche des Verbandes und der Einzelnen erstrecken. Und daran thut sie Recht. Denn eine zauberkräftige Formel, mit deren Hülfe das Problem in allgemein gültiger Weise zu lösen wäre, giebt es nicht und kann es nicht geben.

Vielfach wird freilich dieser Zustand als unbefriedigend betrachtet. Hierin stimmen namentlich zwei kürzlich erschienene Abhandlungen überein, die sich mit dem Begriffe der korporativen Sonderrechte beschäftigen: die im Arch. f. bürg. Recht Bd. IX (1894) S. 296 ff. veröffentlichte ausführliche Untersuchung von Karl Lehmann über „Einzelrecht und Mehrheitswille in der Aktiengesellschaft" und der in den Blättern für Rechtsanwendung zunächst in Bayern, Jahrgang LX (1895) Nr. 1 S. 1 ff. abgedruckte kurze Aufsatz von Regelsberger über „entziehbare und unentziehbare Rechte der Mitglieder einer Korporation". Aber die gesuchte allgemein gültige Formel haben auch sie nicht gefunden. Beide handeln nur von den Sonderrechten der Mitglieder, obwohl Regelsberger erwähnt, daß es auch Sonderpflichten giebt (S. 4), und erblicken das Wesen dieser Sonderrechte ausschließlich in ihrer

Sicherung gegen Mehrheitsbeschlüsse, während doch hierin nur die wichtigste, nicht die einzige Wirkung ihrer individualrechtlichen Seite liegt und überdies die mitgliedschaftlichen Sonderrechte zwar in ihren sonderrechtlichen Bestandtheilen für die Körperschaft unantastbar, jedoch im Gegensatze zu reinen Individualrechten keineswegs im Ganzen jeder Einwirkung des Körperschaftsbeschlusses entrückt sind. Sieht man aber auch von der zu engen Fragestellung ab, so wird man doch weder der von Lehmann, noch der von Regelsberger ertheilten Antwort die behauptete Tragweite zugestehen dürfen. Lehmann stellt für das Aktiengesellschaftsrecht die Formel auf, daß im Zweifel der Mehrheitswille den Einzelwillen nicht überwinden könne, „wo es sich um für den Einzelaktionär wesentliche Punkte der Gesellschaftsverfassung handle" (S. 343 ff., 351 ff.). Das hiermit ausgesprochene Prinzip ist nach seiner Meinung bei allen Privatrechtskörperschaften verwerthbar (S. 297). Die Formel ist dehnbar genug, um bei der Entscheidung der aufgeworfenen Einzelfragen des Aktiengesellschaftsrechts (S. 352—393) ein angemessenes Ergebniß meist nicht zu verhindern. Sie gewährt aber keinen an sich ausreichenden Maßstab und würde bei der Anwendung auf andere und namentlich nicht wirthschaftliche Genossenschaften vollends versagen. Im Grunde wird durch sie die Schwierigkeit nur verschoben. Statt der Art und Stärke der den Mitgliedern zugestandenen subjektiven Rechte wird die Bedeutung der die Körperschaftsordnung bildenden objektiven Rechtssätze in den Vordergrund gerückt. Allein die subjektive Betrachtungsweise zieht durch eine Hinterthür wieder ein, da es ja nicht darauf ankommen soll, ob eine statutarische Bestimmung an sich, sondern ob sie „für das einzelne Mitglied" wesentlich ist. Sachgemäß ist offenbar das in der Praxis gebräuchliche umgekehrte Verfahren, das von der Frage nach der Beschaffen-

heit der subjektiven Rechte der Mitglieder ausgeht und die für die Körperschaft geltenden allgemeinen und besonderen Rechtssätze auf ihren hierfür erheblichen Inhalt prüft. Diesen Weg schlägt denn auch Regelsberger ein. In näherer Ausführung der in seinen Pandekten (I § 84) vorgetragenen Lehre, deren Verwandtschaft mit der Theorie Laband's (in Hirth's Annalen 1874, S. 1499 ff.) er inzwischen bemerkt hat, sucht er die „korporativen Sonderrechte" nach dem Maße ihrer Festigkeit zu klassifiziren. Zu diesem Behufe theilt er, nachdem er zuvörderst die Mitgliedschaft selbst als eine nicht willkürlich entziehbare rechtliche Stellung bezeichnet hat, die korporativen Sonderrechte in „gemeinnützige" und „selbstnützige" ein. Die ersteren seien dem Mitgliede um der Korporation willen verliehen und daher auch der Abänderung durch die Körperschaftsgewalt unterworfen, ohne daß freilich ihre willkürliche Entziehung zulässig wäre. Bei den letzteren, die dem Mitgliede zu seinem Privatvortheile gewährt und meist, aber nicht durchweg Vermögensrechte seien, bestehe wiederum große Mannigfaltigkeit. Besonders müsse man die auf einem Gemeingebrauche beruhenden und die eine Sondernutzung begründenden Sonderrechte trennen. Die Gemeingebrauchsrechte seien in Folge des der Körperschaft gebührenden weitgehenden Verfügungsrechtes gebrechlicher Art und eigentlich nur gegen Beeinträchtigung durch ungleiche Behandlung der Mitglieder geschützt. Bei den Sonderbezugsrechten sei zwischen der statutenmäßigen Aussicht auf einen Sonderbezug und dem durch Eintritt der konkreten Voraussetzungen verwirklichten Recht auf einen solchen zu unterscheiden. Solange das Sonderbezugsrecht im Stadium der bloßen Aussicht verharre, könne es im Wege der Statutenänderung beschränkt oder entzogen werden, falls nicht ausnahmsweise das Gegentheil im Statut bestimmt oder (wie bei Aktiengesellschaften und Gewerkschaften)

aus der Verknüpfung der Mitgliedschaften mit Werthantheilen zu folgern oder (wie bei Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften) durch positive Gesetzesvorschrift angeordnet sei. Dagegen sei das verwirklichte Sonderbezugsrecht ausnahmslos der Sphäre der Korporationsmacht entrückt. Gewiß liegen dieser Klassifikation, die Regelsberger sowohl bei öffentlichen wie bei privaten Körperschaften durchführen will, beachtenswerthe Gedanken zu Grunde. Allein ein allgemein brauchbares Schema für die Abgrenzung der mitgliedschaftlichen Sonderrechte gegen die reinen Mitgliedschaftsrechte bietet sie nicht. Regelsberger selbst scheint den bisher unangefochtenen begrifflichen Unterschied zwischen beiderlei Arten von Mitgliederrechten gar nicht anzuerkennen, da er auch die durchaus der Körperschaftsgewalt unterworfenen Rechte der Mitglieder zu den „Sonderrechten" zählt. Immerhin deckt sich sachlich seine Abstufung der Mitgliederrechte nach dem Maße ihrer Entziehbarkeit oder Unentziehbarkeit mit einer Abstufung nach dem Verhältniß körperschaftsrechtlicher und individualrechtlicher Bestandtheile. Gerade in dieser Hinsicht aber sind die Rechte jeder einzelnen seiner Kategorien der verschiedenartigsten Struktur fähig. Die Mitgliedschaft als Ganzes kann zur Verfügung der Körperschaft stehen oder sonderrechtlich verfestigt sein. Es giebt kein „gemeinnütziges" Mitgliederrecht, das nicht gleich dem Stimmrechte oder dem Anfechtungsrechte des Aktionärs zum unantastbaren Sonderrechte gestempelt werden könnte. Unter den „selbstnützigen" Mitgliederrechten können die auf einem „Gemeingebrauche" beruhenden Genußrechte im verschiedensten Umfange vom Körperschaftsbeschluß abhängig oder ihm gegenüber selbständig sein. Bei den „Sonderbezugsrechten" ist, solange ihre konkreten Voraussetzungen noch nicht verwirklicht sind, eben das die in jedem Falle zu prüfende und nicht durch eine generelle Regel zu lösende Frage,

ob dem Mitgliede nur eine „Aussicht" eröffnet oder eine sonderrechtliche Anwartschaft eingeräumt ist. Und schließlich braucht das „verwirklichte" Recht auf einen Sonderbezug keineswegs dergestalt aus dem Körperschaftsbereiche herauszutreten, daß es einem gewöhnlichen Gläubigerrechte gliche. So versagt diese Theorie auf jedem Punkte, wie denn auch die unten noch zu prüfende „Nutzanwendung", die Regelsberger von ihr in einem Rechtsfalle macht, den schwersten Bedenken unterliegt.

Mustern wir nun einige in den letzten Jahren veröffentlichte Entscheidungen über körperschaftliche Rechtsverhältnisse, so tritt uns zunächst in Streitigkeiten über die Mitgliedschaft selbst stets die Anschauung entgegen, daß die Mitgliedschaft ein der Körperschaft gegenüber begründetes Rechtsverhältniß ist. Demgemäß wird, während bei öffentlichen Körperschaften die Beschränkungen des Rechtsweges in Bezug auf öffentliche Rechtsverhältnisse Platz greifen, bei privaten Körperschaften eine civilrechtliche Klage auf Anerkennung der Mitgliedschaft fort und fort zugelassen; vgl. Erk. des R.G. v. 25. Sept. 1890, E.S. XXVII Nr. 43, des O.L.G. Dresden v. 16. Juni 1890 b. Seuff. XLVII Nr. 4. Mit der Einreihung der Mitgliedschaft unter die Privatrechte ist jedoch noch nicht die Frage entschieden, ob sie ein Sonderrecht ist. Diese Frage wird vielmehr im Allgemeinen verneint. Denn die Körperschaft wird mit der hier wie überall geltenden Schranke, daß sie nicht satzungswidrig verfahren darf, für befugt erklärt, über ihren Mitgliederbestand zu verfügen. So hat das erwähnte Erk. des O.L.G. Dresden einem satzungsmäßig ausgeschlossenen Mitgliede des als Genossenschaft des sächsischen Rechtes eingetragenen Börsenvereines der deutschen Buchhändler zu Leipzig das Recht zur gerichtlichen Umstoßung des Ausschließungsbeschlusses abgesprochen, falls es nicht etwa nach-

weisen könne, daß „die satzungsmäßigen Vorbedingungen" der Beschlußfassung nicht erfüllt wären. Ebenso hat das Erk. des R.G. v. 19. Mai 1890 (C.S. XXVI Nr. 53) die richterliche Nachprüfung des Gemeindebeschlusses einer ostpreußischen Baptistengemeinde, auf dessen Ungültigkeitserklärung das durch ihn ausgeschlossene Mitglied geklagt hatte, als unzulässigen Eingriff in die „inneren Angelegenheiten" einer Religionsgenossenschaft abgelehnt, ohne doch hiermit ein klagbares Privatrecht auf Anerkennung oder Wiederherstellung der Mitgliedschaft grundsätzlich leugnen zu wollen (S. 287). Wo die Mitgliedschaft in dieser Weise entziehbar ist, kann der Körperschaft auch nicht das Recht bestritten werden, im Wege der Statutenänderung neue Ausschließungsgründe einzuführen. Demgegenüber ist zweifellos bei den auf Antheile gebauten Genossenschaften die Mitgliedschaft als solche zu einem für die Körperschaft unantastbaren Sonderrechte verfestigt. Die Mitgliedschaft in der Aktiengesellschaft ist als Aktie ein selbständiges Vermögensrecht, das nur nach Maßgabe der mit seiner Begründung gesetzten Möglichkeiten verloren oder verwirkt werden kann und im Uebrigen der körperschaftlichen Verfügung nicht unterliegt. Aehnlich verhält es sich mit der als Kux verselbständigten Mitgliedschaft in der Gewerkschaft und mit der Theilhaberschaft in der Gesellschaft mit beschränkter Haftpflicht. Man wird aber darüber hinaus auch bei anderen wirthschaftlichen Genossenschaften der Mitgliedschaft insoweit einen sonderrechtlichen Charakter beilegen müssen, als ihren rechtlichen Kern ein der Körperschaft gegenüber erworbener Vermögensanspruch bildet. Dies ist z. B. bei Versicherungsgenossenschaften auf Gegenseitigkeit der Fall. Volle Billigung verdient daher das Erk. des R.G. (VI. Sen.) v. 12. Apr. 1894 (C.S. XXXIII Nr. 38)[1]), das in Uebereinstimmung mit den Vorinstanzen

1) Hierzu siehe unten die eingehende Besprechung von Prof. Kipp.
[Die Redaktion.

die Mitgliedschaft in dem „Unterstützungsverein für Buchdrucker und Schriftgießer in Württemberg", weil ihren wesentlichen Inhalt ein wohlerworbener vermögensrechtlicher Anspruch gegen den Verein bilde, als Sonderrecht gegen einen körperschaftlichen Eingriff geschützt hat. Dieser Verein hatte im Dezember 1892 bei einer Statutenrevision unter Widerspruch einiger älterer Mitglieder beschlossen, daß Mitglied nur sein und bleiben könne, wer dem zur Zeit bestehenden „Verbande deutscher Buchdrucker" angehöre. Er hatte hierauf, da mit dem freiwilligen oder unfreiwilligen Ausscheiden alle Ansprüche an das Vereinsvermögen unter Verlust der geleisteten Beiträge satzungsmäßig untergehen, von den sich nicht fügenden Mitgliedern Beiträge nicht mehr angenommen. Diese klagten gegen den Verein auf Anerkennung des Fortbestandes ihrer Mitgliedschaft und künftige Gewährung der statutenmäßigen Unterstützungen gegen fernere Entrichtung der statutenmäßigen Beiträge. Sie drangen mit ihrer Klage durch. Freilich hatte auch das ursprüngliche Statut die Vereinsmitgliedschaft an die Voraussetzung der Mitgliedschaft in dem damaligen Verbande deutscher Buchdrucker geknüpft. Allein inzwischen war in Folge des großen Buchdruckerstrikes dieser Verband, der als ein staatlich genehmigter Unterstützungsverband mit festen Ansprüchen der Mitglieder auf Vermögensleistungen eingerichtet war, in einen freien Gewerkverein ohne feste Ansprüche der Mitglieder und mit gewerblichen Kampfzwecken umgewandelt worden. Nach der Annahme des Gerichtes war hiermit der alte Verband aufgelöst und ein neuer an dessen Stelle getreten. Durch die Statutenänderung wurde daher den widersprechenden Mitgliedern eine neue, erschwerende, für sie unerfüllbare Bedingung auferlegt und folgeweise die Mitgliedschaft entzogen. War aber die Mitgliedschaft als solche ein Sonderrecht, so konnte sie auch im Wege der Statutenänderung durch Mehrheitsbeschluß nicht entzogen werden.

Bei der Beurtheilung der einzelnen mitgliedschaftlichen Rechtsverhältnisse führt die Praxis mit wachsender Entschiedenheit die Auffassung durch, daß über die rein gliedmäßigen Rechte und Pflichten der Verbandsangehörigen jede private wie öffentliche Körperschaft kraft ihres Wesens und somit auch ohne besondere gesetzliche oder statutarische Ermächtigung verfügen kann. Solche Rechte und Pflichten wurzeln lediglich in der gemeinheitlichen Rechtsordnung und haben außer ihr keinen Titel. Die gemeinheitliche Rechtsordnung aber ist der gemeinheitlichen Willensaktion unterworfen. In diesem Bereiche vermag daher die Körperschaft, vorbehaltlich etwa erforderlicher höherer Mitwirkung, kraft ihrer „Autonomie" das Verhältniß zwischen dem Verbandsganzen und den Verbandsgliedern zu regeln und abzuändern. Durchaus zutreffend wird in einem Erk. des R.G. (IV. Sen.) v. 28. Jan. 1889 (E.S. XXIII Nr. 5) die korporative Autonomie, die hier allen Korporationen und insbesondere den Kirchengesellschaften im Gebiet des preußischen Landrechtes zugeschrieben wird, als das Recht definirt, „die zur Regelung der gemeinschaftlichen Angelegenheiten, insbesondere zur Bestimmung der Rechte und Pflichten der Gesammtheit und der einzelnen Mitglieder erforderlichen Anordnungen mit bindender Kraft für alle Theile zu erlassen" (S. 27). So wird denn auch die in der Theorie oft aufgestellte Behauptung, daß mangels gesetzlicher oder statutarischer Ausnahmebestimmungen jede Verfassungsänderung dem körperschaftlichen Machtbereiche entrückt und an die Zustimmung der Einzelnen gebunden sei, von der Praxis verworfen. Wiederholt hat vielmehr das Reichsgericht ausgeführt, es folge aus dem Wesen der Körperschaft, daß die Satzungen von Privatkorporationen auf körperschaftlichem Wege abgeändert werden können, um die Lebensbedingungen des Verbandes veränderten oder besser erkannten Verhältnissen

anzupassen; vgl. Erk. des I. Sen. v. 15. Juni 1889 u. v. 10. März 1890, E.S. XXV Nr. 41 S. 203 u. Nr. 33 S. 157. Auch hat es in Uebereinstimmung hiermit behufs Widerlegung der irrigen Annahme, als sei durch Art. 215 des H.G.B. eine generelle statutarische Ermächtigung der Generalversammlung einer Aktiengesellschaft zur Vornahme von Statutenänderungen mit einfachem Mehrheitsbeschluß ausgeschlossen, das allgemeine Prinzip der „Autonomie" zu Hülfe gerufen; Erk. des III. Sen. v. 3. Febr. 1891, E.S. XXVII Nr. 16 (zusammen mit dem bestätigten Erk. des O.L.G. Celle v. 27. Sept. 1890 auch b. Seuff. XLVI Nr. 275). Durch diese Unterwerfung unter die Körperschaftsgewalt büßen natürlich die verfassungsmäßigen Rechte und Pflichten der Mitglieder gegen das Verbandsganze nicht den Charakter von Rechtsverhältnissen ein. Denn sie sind nicht der Willkür des anderen Theils, sondern nur der rechtlich geordneten Einwirkung des Verbandslebens preisgegeben. Darum erfreuen sie sich auch des Rechtsschutzes, den ihnen bei privaten Körperschaften die ordentlichen Gerichte zu gewähren haben. Nur muß, da bei privaten Körperschaften einer Erstreckung der Körperschaftsgewalt auf die Rechtsprechung in inneren Angelegenheiten nichts entgegensteht, eine statutarische Bestimmung als wirksam gelten, durch die zur Entscheidung von Streitigkeiten aus Mitgliedschaftsverhältnissen ein Verbandsorgan berufen und der Rechtsweg beschränkt oder ausgeschlossen wird; vgl. Erk. des Obst. L.G. f. Bayern v. 23. Dez. 1886 b. Seuff. XLII Nr. 206. Hiergegen darf nicht eingewandt werden, daß eine solche Bestimmung den Verband zum Richter in eigener Sache mache. Denn im Bereiche des Körperschaftsrechtes ist die unparteiische Jurisdiktion eines Körperschaftsgerichtes bei Streitigkeiten zwischen dem Verbandsganzen und den Verbandsgliedern genau so gut möglich, wie bei allen Streitigkeiten zwischen

dem Staate und den Staatsangehörigen die Entscheidung staatlicher Gerichte eintritt. Dies scheint auch das O.L.G. Cassel im Erk. v. 20. Jan. 1888 (b. Seuff. XLVII Nr. 290) anzuerkennen, indem es, um ein im Statut vorgesehenes Vereinsgericht für ein nach § 41 Z. 1 der C.Pr.O. unzulässiges Schiedsgericht erklären zu können, zu der unrichtigen Behauptung greift, daß der Verein, weil keine „juristische Person", nur „die Gesammtheit seiner jeweiligen Mitglieder mit einer Beschränkung ihrer etwaigen Haftung auf das Vereinsvermögen" und somit jedes im Vereinsgerichte thätige Vereinsmitglied in einem Streite des Vereins zugleich Partei sei. Offenbar aber liegt eine Verkennung des Wesens alles Verbandslebens zu Grunde, wenn das Erk. des R.G. (II. Sen.) v. 12. April 1892 (E.S. XXIX Nr. 78) ohne Einschränkung sagt, eine statutarische Bestimmung, daß über Ansprüche der Vereinsmitglieder gegen den Verein lediglich ein aus Vereinsgliedern bestehender Ausschuß zu entscheiden habe, widerspreche der öffentlichen Ordnung und sei im Gebiete des französischen Rechts schon deshalb nichtig, weil nach Code civ. Art. 1174 die Uebernahme einer nur von der Willkür des Uebernehmenden abhängigen Verpflichtung nichtig sei. Auch das Erk. des O.L.G. Cassel v. 5. Nov. 1891 (b. Seuff. XLVIII Nr. 174) scheint von einer unrichtigen Auffassung der Körperschaftsgewalt auszugehen. Hier wird die im Statut einer Molkereigenossenschaft enthaltene Bestimmung für unverbindlich erklärt, daß Mitglieder durch den Vorstand und Aufsichtsrath „auch in nicht vorgesehenen Fällen" mit einer Geldstrafe bis zu 25 M. belegt werden, hiergegen aber Berufung an die Generalversammlung einlegen können. Denn einer so unbestimmten Strafgewalt könne sich Niemand unterwerfen. Indes versteht sich doch wohl die vom Gericht vermißte Einschränkung der Strafgewalt auf Fälle einer Verletzung von Mitgliedschafts-

pflichten ganz von selbst und wäre auch als gewollt angenommen worden, wenn der Unterschied der Unterwerfung unter eine genossenschaftliche Strafgewalt von der Verabredung einer Konventionalstrafe Beachtung gefunden hätte. Dagegen ist dem Erk. des R.G. (VI. Sen.) v. 3. März 1887 (b. Seuff. XLII Nr. 293) darin beizustimmen, daß die im Statut eines Rutheschauverbandes vorgesehene ausschließliche Verbandsgerichtsbarkeit in Streitigkeiten über Berieselungsschäden nicht Platz greifen kann, wenn der Schade gleichzeitig Verbandsländereien und freie Ländereien eines Mitgliedes trifft und eine Trennung nicht durchführbar ist.

Mag nun aber die Praxis noch so geneigt sein, die Herrschaft der Körperschaft über die Mitgliedschaftsverhältnisse zu erweitern, so bleibt sie doch einig, daß den Mitgliedschaftsverhältnissen sonderrechtliche Bestandtheile angehören, auf die sich der körperschaftliche Machtbereich nicht erstreckt. Vor solchem Sonderrechte muß auch jede Statutenänderung Halt machen. Durch Gesetz oder Satzung kann freilich eine beliebig tief in die Mitgliedschaftsverhältnisse eingreifende Statutenänderung zugelassen und nur etwa an erschwerende Voraussetzungen gebunden sein. Dann ist aber hiermit eben der Punkt bezeichnet, an dem das Sonderrecht als solches endet, während bis zu dieser Grenze ein Sonderrecht bestehen und sich jeder schwächeren körperschaftlichen Machtäußerung gegenüber behaupten kann.

Allgemein wird natürlich ein Sonderrecht jedes Mitgliedes auf Achtung des vorbehaltenen Bereiches seiner individuellen Freiheit anerkannt. Eine bisher nicht begründete mitgliedschaftliche Gebundenheit kann durch einseitigen Körperschaftsakt nur insoweit eingeführt werden, als sie potentiell schon in der Mitgliedschaft enthalten ist. So darf im Zweifel die Körperschaft den Austritt von Mitgliedern

nicht nachträglich erschweren. Ist die Austrittsfreiheit in bestimmtem Umfange gesetzlich gewährleistet, so darf das Statut ihr überhaupt keine engeren Grenzen ziehen. Mit Recht sind daher bei eingetragenen Genossenschaften statutarische Bestimmungen, die das gesetzliche Maß der Austrittsfreiheit durch Androhung von Nachtheilen oder durch Auferlegung von Austrittsgeldern verkümmern, für nichtig erachtet worden; Erk. des R.G. v. 21. Jan. 1893 u. v. 20. Apr. 1894, E.S. XXX Nr. 25 u. XXXIII Nr. 16.

Darüber hinaus ist allgemein ein Sonderrecht jedes Mitgliedes auf Wahrung der genossenschaftlichen Gleichheit anzuerkennen. Durchaus zutreffend hat daher das Reichsgericht im Erk. v. 26. Apr. 1892 (b. Seuff. XLVIII Nr. 4) angenommen, daß ein Körperschaftsbeschluß, der einseitig die Beiträge einer Mitgliederklasse erhöht, schon wegen ungleicher Behandlung gleichberechtigter Genossen anfechtbar sei.

Im Uebrigen sind bei den einzelnen Körperschaftsgattungen eigenartige Sonderrechte von sehr verschiedenem Typus ausgebildet. Unter ihnen kommen in der Praxis am häufigsten die in wirthschaftlichen Genossenschaften mit der Mitgliedschaft verknüpften konkreten Vermögensrechte zur Sprache.

Für Versicherungsgenossenschaften auf Gegenseitigkeit hat die Frage nach dem Umfange dieser Sonderrechte in dem Erk. des R.G. (I. Sen.) v. 10. März 1890 (E.S. XXV Nr. 33) eine grundsätzliche Erörterung gefunden. Hier werden als Sonderrechte des Mitgliedes, die gegen verfassungsändernde Beschlüsse der Genossenschaftsorgane geschützt sind, der Versicherungsanspruch, der Anspruch auf Jahresdividende und die Beschränkung der Beitragspflichten auf die Jahresprämie und die etwa erforderlichen Zuschüsse anerkannt. Es wird aber ausgeführt, daß eine Verfassungs-

änderung zulässig ist, die diese Rechte nicht antastet, sondern nur vielleicht ihre wirthschaftlichen Folgen verschiebt, den Versicherungsanspruch unsicherer, die Dividende kleiner und die Zuschußgefahr größer macht. Demgemäß wird entschieden, daß die Mitglieder der Lebensversicherungsbank für Deutschland in Gotha einen vom zuständigen Organe gefaßten Beschluß, durch den das Versicherungsrisiko auf das Kriegsrisiko ausgedehnt wird, nicht wegen Eingriffes in ihre Sonderrechte anfechten können. Da im Uebrigen der Beschluß nach der überzeugenden Feststellung des Reichsgerichtes innerhalb des körperschaftlichen Machtbereiches lag, ist die erfolgte Abweisung der Anfechtungsklage zu billigen. Denn die mitgliedschaftlichen Sonderrechte sind eben zum Unterschiede von freien Einzelrechten in den genossenschaftlichen Zusammenhang verstrickt und darum, obschon in ihrer Substanz individualrechtlich gesichert, in ihrer Entfaltung sozialrechtlich bestimmt. Hätte dagegen der Genossenschaftsbeschluß in eines der erwähnten Sonderrechte unmittelbar eingegriffen, so würde das Reichsgericht offenbar ihn umgestoßen haben, ohne hierbei etwa zwischen schon verwirklichten Ansprüchen und der bloßen Aussicht auf künftige Leistungen zu unterscheiden. So muß auch bei Hülfskassen und Unterstützungsverbänden jeder Art nicht nur der durch Eintritt seiner Voraussetzungen bereits erworbene Anspruch auf eine bestimmte einmalige oder wiederkehrende Leistung (vgl. z. B. über den Anspruch auf Invalidenrente in einer Knappschaft Erk. des R.G. v. 19. April 1890, E.S. XXV Nr. 27 S. 128 ff.), sondern schon die noch durch fernere Beitragszahlungen und gewisse Ereignisse bedingte Anwartschaft auf eine künftige derartige Leistung als Sonderrecht gelten. Von dieser Auffassung geht ersichtlich das oben besprochene Erk. des R.G. v. 12. April 1894 aus. Das Gegentheil nimmt freilich Regelsberger bei der Nutzanwendung

seiner Theorie auf einen Rechtsfall an (S. 8—9). Ein Pensionsverein, dessen Zweck darin besteht, den Mitgliedern für den Fall des Alters oder der Invalidität und ihren Wittwen und Waisen für den Fall ihres Todes „eine durch die Statuten genau fixirte Pension zu sichern", beschließt im Wege der Statutenänderung die Herabsetzung aller Pensionen auf die Hälfte. Regelsberger meint, daß dieser Beschluß auf die durch Alter, Invalidität oder Tod bereits erworbenen Rentenbezugsrechte nicht einwirken könne, dagegen die bloß anwartschaftlichen Ansprüche in unanfechtbarer Weise verkürze. Allein ein Versicherungsanspruch, zu dessen Begründung und Erhaltung Vermögensopfer gebracht sind, ist doch nicht eine bloße Rechtshoffnung nach Art des Erbrechts vor dem Erbfalle. Er ist vielmehr ein bedingtes Recht, das als solches dem unbedingten Rechte an Schutzwürdigkeit nicht nachsteht. Bei einer rein vertragsmäßigen Versicherung gegen Prämie wird hieran Niemand zweifeln. Warum aber sollte sich durch die genossenschaftliche Struktur der Versicherung das Verhältniß zwischen gegenwärtigen und eventuellen Ansprüchen verschieben? Jener Pensionsverein konnte also an sich so wenig die Rentenanwartschaftsrechte wie die Rentenbezugsrechte seiner Mitglieder einseitig schmälern. Legt man ihm aber, wie dies doch wohl geschehen muß, im Falle einer durch seine Vermögenslage begründeten Nothwendigkeit ein Recht zur Herabsetzung der Pensionen bei, so durfte er die Kürzung nicht anders als gleichmäßig auf alle von ihm künftig zu zahlenden Renten vertheilen. Denn die Rechtfertigung eines solchen Eingriffes in die Sonderrechte würde darin zu finden sein, daß durch ihn eine Liquidation abgewandt würde, die ohnehin für die Mitglieder einen gleichen oder noch größeren Vermögensverlust zur Folge hätte. Käme es aber zur Liquidation oder zum Konkurse, so dürfte doch schwerlich das etwa gerade nur hierzu

hinreichende Vermögen ausschließlich zur Befriedigung der schon pensionsberechtigten Mitglieder verwandt werden, während alle Pensionsanwärter leer ausgingen. Im Konkurse einer Aktiengesellschaft, der die von ihr in gleicher Weise gegen Prämie Versicherten lediglich als Dritte gegenüberständen, würden zweifellos die noch nicht in den Genuß einer Rente eingetretenen Versicherten nach Verhältniß des Werthes ihrer bedingten Forderungen mit den Rentenbezugsberechtigten als Gläubiger konkurriren. Um so weniger würde bei einer Gegenseitigkeitsgesellschaft die Vorwegnahme der Masse für einen Theil der Genossen mit der genossenschaftlichen Ordnung verträglich sein. Der Unterschied beider Fälle würde nur darin liegen, daß im Konkurse der Aktiengesellschaft alle Versicherungsansprüche als gewöhnliche Gläubigerrechte mit anderen Gläubigerrechten gleichen Rang hätten, während im Konkurse der Genossenschaft die Ansprüche der Pensionsberechtigten wie der Pensionsanwärter als mitgliedschaftliche Sonderrechte den Forderungen Dritter nachständen. Auch in diesem Punkte müßte freilich die Theorie Regelsberger's zu einem anderen Ergebniß führen. Denn wie sie die anwartschaftlichen Sonderrechte zu bloßen Aussichten abschwächt, so steigert sie die „verwirklichten" Sonderbezugsrechte zu freien Gläubigerrechten. Allein gerade bei den auf Gegenseitigkeit gegründeten Wirthschaftsgenossenschaften ist eine derartige Lösung der mitgliedschaftlichen Sonderbezugsrechte aus dem körperschaftlichen Zusammenhange undurchführbar. Hieran ändert es nichts, daß solche Sonderbezugsrechte zugleich eine mehr oder minder deutlich ausgeprägte vertragsmäßige Grundlage haben. Man mag den Eintritt in eine Versicherungsgenossenschaft zugleich als echten Versicherungsvertrag behandeln (Erk. d. R.G. v. 29. Okt. 1889, E.S. XXV Nr. 35) oder in der durch Bepfandbriefung bewirkten Begründung der Mitgliedschaft in

einer preußischen Landschaft zugleich alle Merkmale eines echten Darlehnsvertrages finden (Erk. des R.G. v. 14. Okt. 1889, E.S. XXIV Nr. 20). Immer aber verleiht ja dann der Vertragsschluß so gut den anwartschaftlichen wie den verwirklichten Mitgliederrechten eine sonderrechtliche Festigkeit. Und immer bleibt er andererseits nur ein individualrechtlicher Bestandtheil eines sozialrechtlichen Eingliederungsaktes und erzeugt daher kein reines Individualrecht, sondern ein mitgliedschaftliches Sonderrecht, das als solches genossenschaftlich gebunden bleibt. Anders verhält es sich mit einem zwischen einer Körperschaft und ihrem Mitgliede geschlossenen Vertrage, wenn zwar ein mitgliedschaftliches Sonderrecht auf einen derartigen Vertragsschluß besteht, der Vertragsschluß selbst aber keinen Zusammenhang mit einem die Mitgliedschaft als solche begründenden oder verändernden Akte hat. Das aus diesem Vertrage entspringende Rechtsverhältniß steht allerdings einem Rechtsverhältnisse zwischen der Körperschaft und einem beliebigen Dritten gleich, wie dies z. B. im Erkenntniß des R.G. v. 5. Juli 1890 (E.S. XXVI Nr. 23) mit Recht für das von einem Kreditvereine seinem Mitgliede gewährte Darlehn angenommen wird.

Bei der Beurtheilung der Sonderrechtsverhältnisse in Aktiengesellschaften treten in der Rechtsprechung die allgemeinen Gesichtspunkte hinter die Auslegung der gesetzlichen Spezialbestimmungen zurück. Darum sei hier nur auf einige Hauptpunkte kurz hingewiesen. Daß vor allem die Anwartschaft auf einen verhältnißmäßigen Antheil am Gesellschaftsvermögen ein in der Mitgliedschaft enthaltenes unentziehbares Sonderrecht ist, wird im Erk. des R.G. v. 17. Jan. 1894 (E.S. XXXIII Nr. 3) bezeugt. Auch der statutenmäßige Anspruch auf einen verhältnißmäßigen Antheil am Reingewinne ist schon als anwartschaftliches Dividendenrecht ein mitglied-

schaftliches Sonderrecht, das zwar noch einer je nach der Festigkeit der statutarischen Zusicherung ungleich zu bemessenden körperschaftlichen Einwirkung unterliegt, jedoch in seinem Kerne unantastbar ist (vgl. auch Lehmann a. a. O. S. 376 ff.). Im Erk. des R.G. (II. Sen.) v. 30. Nov. 1888 (E.S. XXII Nr. 20 S. 114) begegnet freilich der unrichtige Ausspruch, bis zur Feststellung der Dividende habe „ein Sonderrecht nicht bestanden". Doch wird man hierin kaum die Absicht eines Bruches mit der namentlich vom Reichsoberhandelsgericht begründeten Praxis, die das anwartschaftliche Dividendenrecht stets als Sonderrecht behandelt hat (vgl. meine Genossenschaftstheorie, S. 247 Anmerk. 1—3), ausgedrückt finden dürfen. Das durch den statutenmäßigen Feststellungsbeschluß der Generalversammlung verwirklichte Dividendenrecht ist in seinem ganzen konkreten Bestande der körperschaftlichen Abänderung entzogen; Erk. des R.G. v. 30. Nov. 1888, E.S. XXII Nr. 20. Immer aber bleibt es ein mitgliedschaftliches Sonderrecht. Das Reichsoberhandelsgericht (XVIII Nr. 43) hat freilich im Gegensatz hierzu bekanntlich angenommen, daß der Anspruch auf die festgestellte Dividende ein reines Gläubigerrecht sei und im Konkurse der Aktiengesellschaft den Forderungen Dritter gleichstehe. Diese Auffassung aber, der auch Lehmann (a. a. O. S. 349) beitritt, ist namentlich von Neukamp als unhaltbar dargethan (vgl. mein Deut. Privatr. I S. 542 Anm. 41). Ob ihr das erwähnte Erk. des R.G. v. 30. Nov. 1888 huldigt, ist schwer zu sagen, da es zuerst von einem bloßen „Gläubigerrechte", dann aber von einem „Gläubiger- und Sonderrechte" spricht (S. 115). Jedenfalls aber muß die richtige Auffassung zum Durchbruch kommen, wenn der in den Erk. des O.L.G. Braunschw. v. 25. Okt. 1890 (b. Seuff. XLVII Nr. 132) und des R.G. v. 17. Jan. 1894 (E.S. XXXIII Nr. 3 S. 16 ff.) ausgesprochene Ge-

danke durchgeführt wird, daß die Dividende eine civile „Frucht" der Mitgliedschaft sei. Zu den eigenartigen Sonderrechten, die bei Aktiengesellschaften vorkommen, gehören ferner die auf den Hinzuerwerb neuer Mitgliedschaften zur bisherigen Mitgliedschaft gerichteten Bezugsrechte; das Reichsgericht hat ihre Unantastbarkeit anerkannt und hinsichtlich der in älteren Statuten enthaltenen Zusicherungen dem Verbote des Art. 215a Abs. 4 des H.G.B. mit Recht die rückwirkende Kraft versagt; vgl. Erk. v. 8. Juli 1890 b. Seuff. XLVI Nr. 109 u. v. 30. Mai 1891, E.S. XXVIII Nr. 14. Besonders ergiebig für die Lehre von den körperschaftlichen Sonderrechtsverhältnissen würden endlich die zahlreichen Entscheidungen in Streitigkeiten über die durch die Satzungen der Rübenbau-Aktiengesellschaften den Aktionären auferlegten Rübenlieferungspflichten und dafür gewährten Vergütungsansprüche sein, wenn nicht bekanntlich das Reichsgericht die rechtliche Unmöglichkeit der Einfügung einer Rübenlieferungspflicht in die Verfassung einer Aktiengesellschaft annähme. Hiermit ist natürlich jede sachgemäße Behandlung solcher Satzungen abgeschnitten. Vielmehr werden sie, wo die auf Begründung einer aktiengesellschaftsrechtlichen Verpflichtung gerichtete Absicht nicht weggedeutet werden kann oder soll, unter Verletzung des Rechtsgefühles und in vollem Widerspruch mit dem Leben für nichtig erklärt; so in Erk. des R.G. v. 21. Juni 1887, E.S. XIX Nr. 21, u. v. 27. Juni 1888, ib. XXI Nr. 25, sowie in dem unterm 24. Jan. 1890 vom R.G. bestätigten Erk. des O.L.G. Celle v. 27. März 1889 b. Seuff. XLV Nr. 204. Wo sie aber als gültig aufrecht erhalten werden sollen, werden sie unter Zerreißung der Einheit des Statuts und im Gegensatze zu dem wirklich Gewollten in eine Fülle selbständiger Nebenverträge umgedeutet; so in Erk. des R.G. v. 15. Jan., 22. Juni u. 26. Nov. 1888, E.S.

XVII Nr. 1—3, v. 24. Nov. 1888, ib. XXII Nr. 19, v. 5. Febr. 1890, ib. XXVI Nr. 19, u. v. 22. Sept. 1893 b. Seuff. L Nr. 30, sowie in Erk. des O.L.G. Braunschweig v. 18. Dez. u. 25. Okt. 1890 b. Seuff. XLVII Nr. 18 u. 132. Nach dieser Auffassung liegen hier an sich gewöhnliche Vertragsverhältnisse vor, bei denen die Aktionäre der Aktiengesellschaft als Dritte gegenüberstehen. Demgemäß wird in der That angenommen, daß die daraus entspringenden Ansprüche der Aktionäre im Konkurse der Aktiengesellschaft Gläubigerrecht haben (E.S. XXII Nr. 19); daß im Falle eines statutenwidrigen Erlasses der Rübenlieferungspflicht eines Aktionärs und seiner Erben durch den Vorstand dessen unbeschränkte und unbeschränkbare Vertretungsmacht nach außen wirksam wird (ib. XVII Nr. 1); daß gegenüber einem ihn verkürzenden Generalversammlungsbeschlusse der Aktionär nicht an die aktiengesellschaftsrechtlichen Einschränkungen der Anfechtungsklage gebunden ist (ib. XVII Nr. 3 S. 16); daß die den Gesellschaftsorganen übertragene Preisfestsetzung nur nach den Grundsätzen des Vertragsrechtes ausgeübt werden kann (Seuff. XLVII Nr. 18); daß die Gegenleistung für die Rübenlieferung sich im Preise erschöpft und daher jeder Zusammenhang zwischen Rübenlieferung und Dividende ausgeschlossen ist (ib. Nr. 132); daß endlich eine Abänderung der Statutenbestimmungen nur durch einen Vertragsschluß zwischen der Aktiengesellschaft und dem einzelnen Aktionär, dessen Zustimmung somit hinsichtlich ihrer Erfordernisse und Wirkungen nach Vertragsrecht zu beurtheilen ist, erfolgen kann (E.S. XVII Nr. 3 S. 17 ff., insbesondere aber Seuff. L Nr. 30). Immerhin findet nach der Ansicht des Reichsgerichtes dadurch, daß einerseits das Statut die Unterwerfung unter die Nebenverträge zur Bedingung des Eintritts in die Aktiengesellschaft macht, andererseits die Nebenverträge das Vertragsverhältniß

an die Aktionäreigenschaft binden und mit ihr übergehen lassen, eine starke Annäherung an den Typus der körperschaftlichen Sonderrechtsverhältnisse statt; Aktie und Rübenlieferung werden freilich nur durch eine äußere Klammer zusammengehalten, die beim Konkurse oder bei der Pfändung der Aktie springen muß, sind aber doch bis dahin als verbunden zu behandeln; vgl. E.S. XXVI Nr. 19 S. 89 ff., auch XVII Nr. 3 S. 15 u. 18 ff. Folgeweise erlischt auch die Rübenlieferungspflicht mit der Beendigung und nur mit der Beendigung der Mitgliedschaft; E.S. XVII Nr. 3. Unerträglich aber ist dann die in dieser Entscheidung vom III. Senat angenommene Unwirksamkeit eines Verzichtes auf die Aktie. Weil das Statut, das eine Veräußerung der ausgestellten Namenaktien nur mit Genehmigung der Gesellschaft an einen zur Rübenlieferung fähigen Erwerber zuläßt, einen anderen Weg des Austrittes als die Veräußerung nicht erwähnt, soll der Aktionär durch Verzicht seine Mitgliedschaft nicht beendigen und somit auch sich von der Rübenlieferungspflicht nicht befreien können! Die Verzichtbarkeit liegt aber im Wesen der Aktie als eines Vermögensrechtes, dem Pflichten nur als sekundäre und abhängige Bestandtheile eingefügt sind. Dies kann am wenigsten bestritten werden, wenn mit dem Reichsgerichte die Belastung der Aktie mit irgend einer vermögensrechtlichen Sonderpflicht außer der ziffernmäßig begrenzten Kapitalbeitragspflicht für gesetzlich ausgeschlossen erklärt wird (E.S. XVII S. 13, XIX S. 110, XXI S. 125 ff., XXVI S. 88). Allerdings ist dann im Aktiengesellschaftsrecht selbst ein Anlaß nicht geboten, die Verzichtbarkeit der voll eingezahlten Aktie besonders auszusprechen. Praktische Bedeutung gewönne diese Verzichtbarkeit im Rahmen des Aktiengesellschaftsrechtes nur, wenn die statutarische Auferlegung einer mitgliedschaftlichen Sonderpflicht zu weiteren Leistungen zugelassen würde. Dann wäre aus

dem Wesen der Aktie zu folgern, daß jede ihr einverleibte Pflicht nur Modalität eines verzichtbaren Rechtes sein kann. Und nun soll, während nicht einmal eine so begrenzte Beschwerung der Aktie gestattet wird, ein Nebenvertrag die Aktionäre als solche mit einer immerwährenden Leistungspflicht belasten und gleichzeitig das Statut die Aktionäre für immer bei der Mitgliedschaft festhalten? Auf diese Weise ließe sich die Aktie als ein bequemes Mittel gebrauchen, um neue Hörigkeitsverhältnisse zu begründen!

Aus der Rechtsprechung über eingetragene Genossenschaften sei hier nur noch erwähnt, daß das Reichsgericht das Wesen der subsidiären Solidarhaft der Genossen als einer mitgliedschaftlichen Sonderpflicht richtig würdigt und jede Konstruktion dieser Haftung aus einer Mitvertretung der einzelnen Genossen durch die handelnden Genossenschaftsorgane ablehnt; vgl. Erk. v. 22. Okt. 1887, E.S XIX Nr. 36, u. v. 6. Dez. 1889, ib. XXIV Nr. 27.

Daß auch bei Körperschaften des öffentlichen Rechts mitgliedschaftliche Sonderrechtsverhältnisse vorkommen und daß dann die Verwebung von Sozialrecht und Individualrecht sich zur Verwebung von öffentlichem Recht und Privatrecht steigert, wird von der Praxis allgemein anerkannt. Insbesondere werden bei öffentlichen Wirthschaftsgenossenschaften die Sonderrechte und Sonderpflichten der Mitglieder als vom öffentlichen Rechte zwar gebundene, aber nicht aufgesogene Privatrechtsverhältnisse behandelt, hinsichtlich deren daher auch der Rechtsweg insoweit, als er nicht ausdrücklich verschlossen ist, offen steht. So bei Knappschaften (Entsch. des R.G. in E.S. XXV Nr. 27), öffentlichen Krankenkassen (Seuff. XLIII Nr. 279), Berufsgenossenschaften für Unfallversicherung (E.S. XXXIII Nr. 8); bei den preußischen Landschaften (E.S. XXIV Nr. 20, 61 u. 63); bei öffentlichen Wassergenossenschaften

u. s. w. Aber auch bei den kirchlichen Verbänden werden die mitgliedschaftlichen Sonderrechte und Sonderpflichten richtig gewürdigt. In diesem Sinne schützt z. B. das Reichsgericht Realrechte an Kirchenstühlen als Privatrechte, die jedoch nicht (wie das O.L.G. Celle gethan hatte) als Servituten am Kirchengebäude, sondern als gegen die Kirchengemeinde begründete, hinsichtlich der Ausübung der kirchlichen Verwaltungsmacht unterworfene, in ihrer Substanz aber unantastbare Rechte aufzufassen seien; Erk. v. 19. Nov. 1889, E.S. XXIV Nr. 34, vgl. auch schon Erk. v. 29. Juni 1886, ib. XVI Nr. 36. Andererseits rechnet es die durch Beiträge der sämmtlichen Eingepfarrten als Mitglieder der Kirchengemeinde zu erfüllenden Verbindlichkeiten zu der Klasse der körperschaftlichen Sonderpflichten und sieht daher im Rechtsstreite über die den Eingepfarrten als solchen obliegende Kirchenbaulast die Kirchengemeinde als rechte Beklagte und den Gemeindekirchenrath als deren nach jetzigem preußischen Recht berufenes Prozeßorgan an; Erk. v. 8. Jan. 1887, E.S. XVII Nr. 45.

Insoweit sich die Gerichte noch mit den Gemeindenutzungsrechten zu befassen haben, können sie auch bei diesen den geschichtlich ausgebildeten Typus der mitgliedschaftlichen Sonderrechte nicht verkennen. Allein nach wie vor wird hier vielfach eine angemessene Würdigung der aus der alten Markgemeinde überkommenen Verhältnisse durch die von der Gesetzgebung beförderte Neigung verhindert, alle Nutzungsrechte entweder unter den Begriff freier Privatrechte oder aber unter den Begriff rein öffentlich-rechtlicher Ausflüsse der Gemeindemitgliedschaft zu zwängen. Diese Richtung schlägt namentlich das oberste Landesgericht für Bayern ein. Gemäß Art. 36 der Bayr. Gemeindeordnung erkennt es die aus der alten Markgenossenschaft stammenden Nutzungsrechte insoweit als Privatrechte an, als ihnen ein „privatrechtlicher Titel“ zu

Grunde liegt; Erk. v. 10. April 1893 b. Seuff. XLIX Nr. 3. Allein es nimmt einen „privatrechtlichen Titel" nur dann als vorhanden an, wenn ihm die volle Unabhängigkeit der Nutzungsbefugniß von der Gemeindemitgliedschaft nachgewiesen ist. Nach seiner Ansicht folgt die privatrechtliche Natur von Gemeindenutzungsrechten weder aus ihrer objektiv dinglichen Beschaffenheit als Rechte an fremder Sache noch aus ihrer subjektiv dinglichen Beschaffenheit als Pertinenz bestimmter Anwesen noch aus ihrem vermögensrechtlichen Inhalte noch aus ihrer vertragsmäßigen oder herkömmlichen Grundlage, da dies Alles auch bei Rechten möglich sei, die aus dem Gemeindeverbande als Nachfolger der alten Markgenossenschaft oder auch unmittelbar aus dem Gemeindeverhältniß fließen; Erk. v. 12. Juli 1889 b. Seuff. XLVI Nr. 125. Darum fordert es von dem, der irgend ein unvordenkliches Recht auf Allmendnutzung nachgewiesen hat, noch einen besonderen Beweis der behaupteten privatrechtlichen Natur seines Rechtes; Erk. v. 8. Okt. 1887 b. Seuff. XLIII Nr. 85, u. v. 6. März 1894, ib. L Nr. 3. Gemeindenutzungsrechte aber, für die ein solcher Beweis nicht erbracht ist, behandelt es als rein öffentliche Rechte, bei denen zwar das Herkommen mancherlei Unterschiede begründe, immer aber der Satz gelte, daß sie „dem Berechtigten insoweit entzogen werden können, als sie zur Deckung der Gemeindebedürfnisse erforderlich sind"; Erk. v. 6. März 1894 a. a. O. So werden alle mit der Gemeindemitgliedschaft zusammenhängenden Nutzungsrechte in „bürgerliche Nutzungen" verflüchtigt. Sie werden freilich nicht durchweg den echten „bürgerlichen Nutzungen" gleichgestellt, deren Begriff der Beschluß des O.L.G. Braunschweig v. 13. Febr. 1889 (b. Seuff. XLIV Nr. 163 zutreffend entwickelt und auf die deshalb von der Eintragung ins Grundbuch ausgeschlossenen Nutzungsrechte anwendet, die

sämmtlichen Einwohnern der Stadt Blankenburg an dem Vergnügungs-, Schützen- und Traberplatze, dem Bleichplatze, der Sand- und Thongrube, den Schutt- und Tränkeplätzen der Gemeinde zustehen. Vielmehr werden herkömmliche Abwandlungen dieses Begriffes im Sinne der Annäherung an ein Sonderrecht als möglich zugegeben. Allein grundsätzlich wird das Dasein eines Sonderrechtes verneint und demgemäß zuletzt der Schutz gegen Entziehung durch die Gemeinde versagt. Und doch müßte umgekehrt, wenn eine gerechte Abgrenzung der Rechtsbereiche nach Maßgabe des geschichtlichen Rechtes erfolgen soll, jedes aus der alten Markgenossenschaft stammende Nutzungsrecht so lange als mitgliedschaftliches Sonderrecht anerkannt werden, bis die Aufzehrung seiner sonderrechtlichen Bestandtheile durch das Gemeinderecht nachgewiesen ist. Denn in der Markgemeinde waren die Nutzungsrechte der Genossen an der Allmende echte jura singulorum. Ist aber die heutige Gemeinde Rechtsnachfolgerin der Markgenossenschaft, so hat sie die Allmende zunächst nur mit den durch die hergebrachten Sonderrechte begründeten Einschränkungen ihres körperschaftlichen Eigenthums erworben.

Die einst so viel umstrittene Möglichkeit von Gemeindeservituten, bei denen die Gemeinde als solche das Subjekt eines Nutzungsrechtes an einem fremden Grundstücke ist, die Gemeindeglieder aber oder eine Klasse derselben die Nutzung kraft Sonderrechtes für sich ausüben, wird von den Gerichten nicht mehr bezweifelt. Auch ist man einig geblieben, daß in solchen Fällen die Gemeinde im Prozeß zugleich die Mitgliederrechte zu vertreten hat, und daß die Besitzhandlungen der Gemeinde für die Einzelnen und die der Einzelnen für die Gemeinde wirken. So wird im Erk. d. O.L.G. Rostock v. 4. Mai 1885 b. Seuff. XLII Nr. 101 eine Dorfgemeinde als Subjekt einer Servitut behandelt, kraft deren die wechseln-

den Mitglieder der durch sie verbundenen Personengesammtheit den See eines Ritterguts behufs haus- uud landwirthschaftlicher Zwecke mit Kähnen befahren dürfen, und die Ersitzung dieser Servitut durch die Dorfgemeinde für ihre Mitglieder anerkannt. Natürlich folgt hieraus nicht, daß, wenn Jemand bei einer Besitzstörung sich auf ein von ihm als Gemeindeglied ausgeübtes Gemeinderecht beruft, er die Besitzstörungsklage nicht gegen sich anstellen zu lassen brauchte und den Kläger an die Gemeinde verweisen könnte; Erk. des Obst. L.G. f. Bayern v. 17. Sept. 1892 b. Seuff. XLVIII Nr. 169.

Auf einer gründlichen Verkennung der geschichtlichen Entwickelung der Allmendberechtigungen beruht das Erk. des R.G. (III. Sen.) v. 6. Juli 1894 (E.S. XXXIII Nr. 41). Hier wird jede Möglichkeit einer rechtswirksamen Entstehung der hergebrachten Leseholzgerechtigkeit sämmtlicher Häuslinge und Anbauer eines Kirchspiels an der Gemeinheit einer Forstgenossenschaft (Realgemeinde) verneint! Das Reichsgericht befindet sich bei dieser ebenso ungerechten wie sozial bedenklichen Entscheidung in Uebereinstimmung mit der früheren Praxis des O.A.G. und des A.G. zu Celle (vgl. meine Genossenschaftstheorie S. 201 Anm. 3). Dagegen war das O.L.G. zu Celle in der vom Reichsgericht abgeänderten Vorentscheidung zu dem richtigen Standpunkte übergetreten. Nach den Ausführungen des Reichsgerichtes konnte jene Leseholzgerechtigkeit durch Gewohnheitsrecht nicht begründet werden, weil nicht ein Rechtssatz, sondern nur subjektives Recht, eine Reihe von Servituten an einem einzelnen Grundstücke, in Frage stehe. Durch Unvordenklichkeit oder Ersitzung aber könne jeder Häusling nur für sich, nicht eine Mehrzahl für Alle ein derartiges Recht erwerben. Denn eine Gesammtberechtigung nach Art einer Gemeindeservitut, bei der eine juristische Person als Subjekt

eines durch ihre Mitglieder ausgeübten Nutzungsrechtes erscheine, sei hier durch den Mangel einer korporativen Verbindung unter den Häuslingen und Anbauern ausgeschlossen. Diesen Ausführungen ist zunächst entgegenzuhalten, daß durch Gewohnheitsrecht allerdings nicht unmittelbar ein Rechtsverhältniß, sondern stets nur ein Rechtssatz entstehen kann, daß aber durchaus nicht die Möglichkeit gewohnheitsrechtlicher Bildung eines Rechtssatzes ausgeschlossen ist, der sich in der Regelung eines einzelnen dauernden Rechtsverhältnisses erschöpft (vgl. mein Deut. Privatr. I S. 172 u. S. 305 Anm. 10). Denn wenn nach gemeinem Rechte das Gewohnheitsrecht gleiche Kraft mit dem Gesetze hat, muß es auch die Fähigkeit zur Erzeugung eines derartigen Rechtssatzes so gut wie das Gesetz besitzen. Sodann aber handelt es sich in unserem Falle gar nicht um einzelne von einander unabhängige Rechtsverhältnisse, sondern um einen in einem genossenschaftlichen Zusammenhange wurzelnden Inbegriff von Rechtsverhältnissen. Das Eigenthum der Realgemeinde an ihrer Gemeinheit ist ein Rest der uralten Agrargemeinschaft, die Realgemeinde selbst ist eine Körperschaft, in der sich eine Seite der ehemaligen Markgemeinde fortsetzt. Die Markgemeinde umspannte alle Bewohner der Mark. Mochte in ihr auch Recht und Pflicht mannigfach ungleich abgestuft und namentlich der Allmendgenuß in Folge der örtlichen Entwicklung ganz oder in der Hauptsache einem engeren Kreise von Vollgenossen vorbehalten sein, so gehörten ihr doch als Schutzgenossen auch die vom Allmendgenusse ausgeschlossenen Beisassen, Hintersassen &c. an. Wenn daher irgend einer Klasse von Kleinbesitzern wenigstens gewisse geringfügige Nutzungsrechte an der Allmende zustanden, so beruhten diese Nutzungsrechte auf der Markgemeindeverfassung und waren genossenschaftliche Sonderrechte. Gleich allem Gemeindeverfassungsrecht konnten die für solche

Nutzungsrechte maßgebenden Rechtssätze entweder durch autonomische Beliebung in Gestalt einer „Satzung" oder durch Gewohnheitsrechtsbildung in Gestalt einer „Observanz" entstehen. Hieran aber hat sich durch eine spätere Spaltung der Markgemeinde in die rein öffentliche Ortsgemeinde und eine privatrechtliche Agrargenossenschaft (Realgemeinde) nichts geändert. Vielmehr ist insoweit, als Nutzungsrechte irgend einer von der Mitgliedschaft in der Agrargenossenschaft ausgeschlossenen Klasse von Gemeindegliedern an der in das Eigenthum der Agrargenossenschaft übergegangenen Allmende erhalten sind, auch der genossenschaftliche Zusammenhang nicht ganz zerschnitten und jener Mitgliederklasse ein Rest von Passivmitgliedschaft in der Agrargenossenschaft gewahrt. Den richtigen Ausgangspunkt für die Würdigung des in unserem Falle von den Häuslingen und Anbauern des Kirchspiels behaupteten Gewohnheitsrechtes hätte also der Begriff der Observanz geboten. Ist ja doch auch sonst anerkannt, daß der Machtbereich der Observanz sich auf alle in irgend einer Beziehung einer Körperschaft eingegliederten Personen erstreckt, mögen sie auch nicht zu den „Mitgliedern" im technischen Sinne gehören. So ist im Erk. des R.G. (IV. Sen.) v. 3. Febr. 1890 (E.S. XXV Nr. 66 S. 317) zu Ungunsten der Mennoniten angenommen, daß eine Observanz, kraft deren die Grundbesitzer eines Kirchspiels ohne Rücksicht auf das Bekenntniß mit einer dinglichen Kirchhofsunterhaltungslast beschwert werden, sich bilden konnte, weil die Mennoniten als Grundbesitzer gesetzlich in einer gewissen korporativen Beziehung zur kirchlichen Gemeinschaft stehen und somit „eine aus einem korporativen Verbande entlehnte Rechtsgewohnheit" vorliegt. In derselben Weise konnte eine Observanz entstehen, kraft deren jeder zur Klasse der Häuslinge gehörige Eingesessene eines Kirchspiels befugt ist, die Gemeinheit einer Forstgenossenschaft in bestimmtem

Umfange mitzubenutzen. Namentlich verlieren alle wider ein solches Gewohnheitsrecht vom Reichsgericht aus der Beschaffenheit jener Gemeinheit als eines einzelnen Grundstückes hergeleiteten Beweisgründe jeden Schein von Ueberzeugungskraft, sobald die geschichtliche Thatsache gewürdigt wird, daß die Gemeinheit ein Rest der alten gemeinen Mark ist. Schließlich hätte übrigens das Reichsgericht, falls es ein Gewohnheitsrecht nicht für möglich hielt, mindestens die Begründung eines der Klasse der Häuslinge zu Gunsten ihrer jeweiligen Mitglieder gebührenden Gesammtnutzungsrechtes durch Unvordenklichkeit nicht als unmöglich ablehnen dürfen. Vielmehr hätte es sich der verbreiteten Praxis anschließen müssen, die einer durch gleichartige Nutzungsrechte verbundenen Klasse von Gemeindeangehörigen im Verhältniß zu anderen Klassen die Rechtsstellung einer besonderen Genossenschaft einräumt (vgl. meine Genossenschaftstheorie, S. 211 Anm. 3). Die Behandlung einer solchen Klasse als einer Summe unverbundener Individuen mit völlig getrennten Einzelrechten ist unseren geschichtlich entwickelten Gemeindeverhältnissen gegenüber schlechthin widersinnig.

Dieses Reichsgerichtserkenntniß vom Jahre 1894 ist ein betrübender Beleg dafür, daß jene Vergewaltigung des ländlichen Gemeinschaftsrechtes durch romanistische Schulbegriffe, die schon so unsägliches Unheil gestiftet hat, immer noch fortdauert!

### d) Körperschaftliches Handeln.

Die Auffassung der juristischen Person als eines fingirten Individuums ist in der Praxis noch nicht ganz ausgestorben. Einen schroffen Ausdruck hat sie im Erk. des R.G. (V. Sen.) v. 29. Mai 1889 (E.S. XXIV. Nr. 48) gefunden. Hier wird die Vorstellung des künstlichen Individuums

bei der Konstruktion des Einkommens der juristischen Personen folgerichtig durchgeführt. Ganz allgemein wird der juristischen Person, „deren Existenz und Erwerbsfähigkeit selbst auf einer juristischen Fiktion beruht" (S. 235), jedes wirkliche Einkommen abgesprochen, weil sie nicht gleich einer physischen Person ihren Erwerb für sich verwenden könne. Demgemäß wird die gesetzliche Besteuerung des Einkommens juristischer Personen auf eine Reihe weiterer Fiktionen zurückgeführt. Bei Erwerbskörperschaften werde ein Reineinkommen, das in Wahrheit nach Ertragsantheilen zu den Einkommen der Einzelnen gehöre, kraft einer Fiktion vor der Vertheilung auch als Einkommen der juristischen Person angesehen. Der Fiskus habe ein Reineinkommen nicht einmel in diesem Sinne, da er Alles für die Staatsausgaben verwenden müsse und außerdem noch Steuern und Zölle brauche. Hier beruhe daher der ganze Begriff des Einkommens auf einer Fiktion. Im preuß. Ges. v. 27. Juli 1885 werde behufs Heranziehung des Fiskus zur Kommunaleinkommensteuer diese Fiktion so ausgestaltet, als stehe jede fiskalische Erwerbsquelle einer besonderen Person zu (§ 2), und durch weitere Fiktionen zum Zweck der Berechnung von Ausgaben und Einnahmen für solche Quellen ergänzt (§ 5—6). Wer vom Begriffe der realen Verbandspersönlichkeit ausgeht, wird von dieser Kette angeblicher Fiktionen nur das Schlußglied anerkennen können. Der Fiskus ist nur eine einzige Person [1]). Werden daher seine Erwerbsquellen als

1) Dieses heute unbestrittene Prinzip hat eine interessante Anwendung im Erk. des R.G. (VI. Sen.) v. 21. Mai/14. Juni 1888 (E.S. XXI Nr. 10 S. 57) gefunden: wenn ein bayrischer Postbeamter, der auf einer bayrischen Staatseisenbahn im Dienst verunglückt ist, gegen den bayrischen Postfiskus einen Anspruch aus Unfallversicherung hat, haftet ihm nicht noch der bayrische Eisenbahnfiskus aus dem Haftpflichtgesetz oder der lex Aquilia; denn der Eisenbahnfiskus ist für den Postfiskus kein „Dritter" im Sinne des § 98 des U.V.G., vielmehr ist der einheitliche bayrische Staat Betriebs-

Einkommen besonderer Personen besteuert, so läßt sich hierin eine Fiktion erblicken. Der Grund dieser Fiktion liegt aber nicht in der fiktiven Natur des Fiskus oder des Staatseinkommens, sondern in der Nothwendigkeit, dieses Einkommen in Theileinkommen zu zerlegen, um der Gemeinde das in ihrem Gebiete erworbene Einkommen, und nur dieses, steuerpflichtig zu machen. Genau so wird ja auch bei Einzelpersonen behufs Vermeidung der Doppelbesteuerung verfahren. Dagegen ist das Einkommeu der Verbandspersonen überhaupt kein bloß fingirtes, sondern ein wirkliches Einkommen. Es ist nur eben kein Individualeinkommen, sondern ein soziales Einkommen! Die Verbandsperson verwendet es für sich selbst, wenn sie es zur Erfüllung ihres sozialen Lebensberufes verwendet. Es dient auch dann ihr selbst, wenn es bestimmungsmäßig ihren Gliedern als solchen zu Gute kommt. Am wenigsten ist das Staatseinkommen ein fiktiver Begriff. Was für Staatsausgaben verbraucht wird, das gebraucht der Staat als Mittel seiner Lebensführung. Steuern und Zölle aber gehören zu seinen Einkommensquellen. Das Reichsgericht gründet seine gegentheilige Auffassung auf die veraltete Annahme, daß der Fiskus ein vom Staate verschiedenes Rechtssubjekt sei. So läßt es sich zu der seltsamen Vorstellung verleiten, als sei der Fiskus ein wirthschaftendes Individuum, das sich im Dienste des Staates abplagt und schließlich nichts für sich behält. Auch in einem Erk. desselben Senats vom 1. Okt. 1887 (b. Seuff. XLIII Nr. 220) bekundet es den gleichen Gedanken, indem es von einer Verpflichtung des „Fiskus" gegen den „Staat und seine Organe" und von der Genehmigung eines zwischen dem „Fiskus" und der Stadt

---

unternehmer für beiderlei Verkehrsanstalten. Ebenso Erk. des R.G. (II. Sen.) v. 28. April 1893 (E.S. XXXI Nr. 15 S. 79) für den preußischen Eisenbahnfiskus und Bergfiskus.

Berlin geschlossenen Vertrages durch den „Staat" spricht. Ebenso scheint es im Erk. des VI. Sen. v. 5. Nov. 1891 (E.S. XXVIII Nr. 74 S. 340) sowohl beim Staate wie bei jedem engeren öffentlichen Verbande die „juristische Person" als fingirten Vermögensträger von dem Subjekte der öffentlichen Gewalt losreißen zu wollen. Allein Staat und Fiskus sind dieselbe Person. Dies hat auch das Reichsgericht selbst oft ausdrücklich ausgesprochen. Insbesondere hat es im Erk. des II. Sen. v. 25. März 1890 (E.S. XXV Nr. 78) dem Einwande des aus Verletzung eines von ihm geschlossenen Fischereipachtvertrages beklagten badischen Fiskus, daß nicht er, sondern der von ihm zu unterscheidende badische Staat in Ausübung eines Hoheitsrechtes die Eingriffshandlung vorgenommen habe, kein Gehör geschenkt, sondern unter Berufung auf die Einheit des Staates dem Fiskus den Hoheitsakt als „eigene Handlung" angerechnet. Diesen richtigen Standpunkt hat es auch im Erk. des III. Sen. v. 27. Okt. 1893, wie gegenüber dem durch den E.S. XXXII Nr. 34 mitgetheilten Auszug erweckten Scheine die ausführlichere Mittheilung b. Seuff. L Nr. 20 zeigt, nicht verlassen. Ist es aber dasselbe Rechtssubjekt, das als Staat herrscht und als Fiskus Vermögen hat oder als Körperschaft eine Gewalt ausübt und als juristische Person Eigenthum erwirbt, so bricht die Lehre vom fingirten Individuum haltlos zusammen. Meist wird sie denn auch von der Praxis stillschweigend aufgegeben. Das lebendige Gemeinwesen wird im Privatrecht wie im öffentlichen Recht als Person erkannt und anerkannt. Der Gedanke der realen Wesenheit der Verbandspersonen liegt, wenn auch unausgesprochen, einer Fülle neuerer Entscheidungen zu Grunde.

Soweit die Gerichte sich noch zur Fiktionstheorie bekennen, halten sie natürlich zugleich an dem ihr entstammenden Dogma fest, daß die juristische Person willens- und handlungs-

unfähig sei. Auch unabhängig von der Fiktionstheorie stellen sie mitunter dieses Dogma als eine selbstverständliche Wahrheit hin. So heißt es im Erk. des R.G. (VI. Sen.) v. 6. März 1893 (b. Seuff. XLIX Nr. 1 S. 2), man dürfe nie übersehen, „daß der Staat, als bloße juristische Person, sich überhaupt keiner Fahrlässigkeit schuldig machen, ja überhaupt nicht handeln kann". Im Erk. des O.L.G. Hamburg v. 19. April 1886 (b. Seuff. XLII Nr. 96 S. 138) ist von „derartigen eines eigenen Willens entbehrenden Subjekten" die Rede. Auch das Obst.L.G. f. Bayern sagt im Erk. v. 5. Mai 1887 und Beschl. v. 20. Sept. 1888 (b. Seuff. XLII Nr. 276 und XLIV Nr. 178), die juristischen Personen seien „an sich handlungsunfähig". Indeß wird mit solchen Behauptungen selten noch wirklicher Ernst gemacht; oft leiten sie eine Entscheidung ein, die nicht anders hätte ausfallen können, wenn die gegentheilige Behauptung an die Spitze gestellt wäre!

Im Ganzen wird von der Praxis die Willens- und Handlungsfähigkeit der Verbandspersonen kaum noch verkannt. Vielfach wird ohne jedes Bedenken von einem eigenen Wollen und Handeln des Staates und der Körperschaften gesprochen, jedenfalls aber im thatsächlichen Erfolge ein solches eigenes Wollen und Handeln der Verbandspersonen angenommen.

Entscheidend hierfür ist der volle Durchbruch eines selbständigen Rechtsbegriffes des gemeinheitlichen Organes. Unter einem derartigen Organe kann man sich nichts Anderes als ein sichtbares Werkzeug der unsichtbaren Lebenseinheit des Gemeinwesens vorstellen. Folgeweise erscheint das, was ein Organ im Rechtssinne will oder thut, rechtlich als Wille oder Handlung der Verbandsperson selbst. So spricht denn auch das Reichsgericht von einem „Willensentschluß", den die

Korporation selbst „durch die dazu berufenen Willens- und Vertretungsorgane" faßt (Erk. des VI. Sen. v. 15. Okt. 1888 E.S. XXII Nr. 53 S. 263); es sagt von einer Genossenschaft aus, daß sie selbst durch ihre Organe Verträge schließt (Erk. des II. Sen. v. 6. Dez. 1889 ib. XXIV Nr. 27 S. 150); es bezeichnet einen zur Entschlußfassung im Namen des Staates berufenen Beamten als „eine den staatlichen Willen verkörpernde Person" (Erk. des II. Sen. v. 17. Juni 1887 ib. XIX Nr. 20 S. 106); es läßt durch die verfassungsmäßigen Willensorgane die juristische Person selbst zur rechtlichen Erscheinung kommen (Erk. des VI. Sen. v. 10. Nov. 1887 ib. Nr. 67 S. 350); es bedient sich mancherlei ähnlicher Wendungen, um den Gedanken auszudrücken, daß die Handlungen der Organe eigene Handlungen des Staates und der Körperschaften sind (vgl. z. B. Erk. des I. Sen. v. 17. Jan. 1890 ib. XXV Nr. 41, des II. Sen. v. 25. März 1890 ib. Nr. 78 S. 357 und des V. Sen. v. 14. Dez. 1892 ib. XXX Nr. 71 S. 244, auch Erk. des O.L.G. Stuttgart v. 6. April 1888 nebst Erk. des R.G. v. 17. Sept. 1888 und 9. Febr. 1889 b. Seuff. XLIV Nr. 277). Scharf wird daher zwischen Organen und bloßen Stellvertretern oder Bevollmächtigten einer Verbandsperson unterschieden (vgl. außer den angef. Entsch. des R.G. in E.S. XIX Nr. 20 u. 67 und XXII Nr. 53 bes. den Beschl. des Obst.L.G. f. Bayern v. 20. Sept. 1888 b. Seuff. XLIV Nr. 178 S. 294). Diese Unterscheidung wird, wie wir später sehen werden, vor Allem verwerthet, um eine Haftung der Verbandspersonen aus eigenem Verschulden zu konstruiren und der für sie wie für Einzelpersonen unter Umständen eintretenden Haftung aus fremdem Verschulden entgegenzustellen.

Den Umfang der körperschaftlichen Handlungsfähigkeit schränkt die Praxis auf den durch die Rechtsordnung gesetzten

körperschaftlichen Lebensbereich ein. Sie gesteht daher die rechtliche Möglichkeit einer Körperschaftshandlung nur innerhalb des durch den Körperschaftszweck begrenzten Thätigkeitsgebietes zu; Erk. des R.G. v. 10. März 1890 C.S. XXV Nr. 33 S. 158. Ueberdies muß sie natürlich weitergehende Einschränkungen anerkennen, die aus der Gebundenheit des Körperschaftslebens durch höheres Gemeinleben fließen. Doch erblickt sie in der Staatsaufsicht nicht mehr die im Wesen der juristischen Personen begründete Ergänzung einer an sich unvollkommenen Handlungsfähigkeit, sondern einen Ausfluß der Körperschaftshoheit, kraft deren der Staat den engeren Verbänden gegenüber die allgemeinen staatlichen Interessen zu wahren hat; vgl. Erk. des R.G. v. 19. Dez. 1889 C.S. XXV Nr. 57 (darum kein Anspruch des Staats gegen einen Deichverband auf Erstattung der Kosten für die staatliche Anlegung eines neuen Deichkatasters), sowie Beschl. des Obst.L.G. f. Bayern v. 4. Juli 1890 b. Seuff. XLVI Nr. 111 (Gerichtsaufsicht über die Aktiengesellschaft als von Amtswegen auszuübende Wahrnehmung des Gemeinwohls). In diesem Sinne nimmt das Erk. des R.G. v. 15. Juni 1889 (C.S. XXV Nr. 41) richtig an, daß, wenn eine mit Rücksicht auf den Gegenstand des körperschaftlichen Unternehmens im Statut angeordnete Staatsaufsicht aufgegeben wird, die freie Selbstbestimmung der Körperschaft ohne Weiteres in Kraft tritt und ein nach dem Statut der Staatsgenehmigung bedürftiger Körperschaftsbeschluß nun auch ohne diese gültig ist. Ebenso rechtfertigt sich aus der entsprechenden Auffassung der kirchlichen Aufsicht das Erk. des R.G. v. 26. Febr. 1886 (C.S. XV Nr. 37 und b. Seuff. XLII Nr. 5), nach dem die Verjährung der Klage auf Rückzahlung des von einer Kirche einer anderen Kirche gewährten verzinslichen Darlehns nicht dadurch unterbrochen wird, daß die schuldnerische Kirche dem als gemeinsame

Aufsichtsbehörde fungirenden Konsistorium gegenüber in jährlicher Rechnung die Schuld anerkennt.

Liegt eine Handlung innerhalb des körperschaftlichen Lebensbereiches, so gilt sie doch nur dann als Körperschaftshandlung, wenn sie die verfassungsmäßigen Erfordernisse einer solchen erfüllt. Denn nur dann stellt sie sich, da die Lebensordnung der Gemeinwesen einen Theil der Rechtsordnung bildet, für das Rechtsgebiet als Lebensäußerung der Verbandsperson dar. Sonst trägt auch eine mit den Mitteln und in den Formen des Verbandslebens vorgenommene Handlung nur den Schein einer Körperschaftshandlung. Darum muß zunächst ein verfassungsmäßiges Organ als solches gehandelt haben. Wenn eine nicht gehörig berufene Mitgliederversammlung einen Beschluß faßt, so liegt eine Willensäußerung der Körperschaft selbst nicht vor; vgl. Erk. des R.G. v. 15. Mai 1886, E.S. XVI Nr. 39, wo anscheinend auch die behauptete Anwesenheit aller Mitglieder (S. 175) mit Recht als unerheblich angesehen wird. Handelt ein nicht gehörig bestellter Aufsichtsrath oder Vorstand, so hat die Körperschaft selbst nicht gehandelt; vgl. Erk. des R.G. v. 17. Apr. 1889, E.S. XXIV Nr. 11, wo die Ausschreibung weiterer Einzahlungen der Aktionäre durch den hierzu berufenen Aufsichtsrath für nicht erfolgt erachtet wird, wenn ein auf Grund einer die Mitgliederzahl des Aufsichtsraths erhöhenden Verfassungsänderung zugewähltes Aufsichtsrathsmitglied vor Eintragung des Abänderungsbeschlusses ins Handelsregister in Funktion getreten ist und der Aufsichtsrath ohne dieses Mitglied nicht beschlußfähig gewesen wäre. Ebensowenig hat die Körperschaft selbst gehandelt, wenn eine ordnungsmäßige Mitgliederversammlung oder ein gehörig bestelltes kollegiales Organ in nicht beschlußfähiger Zahl oder mit geringerer als der erforderlichen Stimmenmehrheit beschließt; vgl. Erk. des R.G. v. 9. März 1888,

E.S. XX Nr. 33. Oder wenn statt eines verfassungmäßig berufenen Kollektivvorstandes ein einzelnes Vorstandsmitglied thätig wird; vgl. Erk. des R.G. v. 15. Mai 1886, E.S. XVI Nr. 39, sowie Erk. des O.L.G. Hamburg v. 3. Mai 1887 b. Seuff. XLIV Nr. 120 (wo aber in bedenklicher Weise bei mündlichem Vertragsschluß die Erklärung eines Vorstandsmitgliedes für ausreichend erklärt wird, falls die Umstände für den anderen Kontrahenten die Annahme berechtigen, daß aus dessen Munde der Vorstand spricht). Zweitens muß das Organ innerhalb seiner verfassungsmäßigen Zuständigkeit gehandelt haben. Auch ein Beschluß der Mitgliederversammlung kann, wenn sie ihre Zuständigkeit überschreitet, nicht als Körperschaftsbeschluß gelten; vgl. Erk. des R.G. v. 19. Sept. 1890 E.S. XXVI Nr. 25 (Nichtigkeit eines Generalversammlungsbeschlusses, durch den eine gesetzlich nothwendige Funktion der Generalversammlung auf ein anderes Organ übertragen wird), auch Erk. v. 16. Okt. 1886 ib. XVIII Nr. 11 S. 63. Drittens muß das Organ in verfassungsmäßiger Form gehandelt haben. Ist eine Willensäußerung von dem zuständigen Organe nicht in der für sie als wesentlich vorgeschriebenen Form erfolgt, so liegt eine Willensäußerung der Körperschaft selbst nicht vor; vgl. Erk. des R.G. v. 15. Juni 1889, E.S. XXV Nr. 41. Dagegen wird durch die Verletzung bloßer Ordnungsvorschriften das Zustandekommen einer Körperschaftshandlung nicht gehindert; Beschl. des K.G. Berlin v. 14. Nov. 1892 b. Seuff. XLIV Nr. 175.

Mehrfach haben die Gerichte Gelegenheit gehabt, sich mit der durch die verfassungsmäßige Funktionsvertheilung bewirkten Sonderung von Willensbildung und Willensausführung zu beschäftigen.

Zur körperschaftlichen Willensbildung ist regelmäßig an erster Stelle ein oberstes Willensbildungsorgan

berufen. Dieses Organ ist nach der heutigen Körperschaftsverfassung die Mitgliederversammlung oder eine sie ersetzende Repräsentantenversammlung. Ihr Beschluß gilt als Körperschaftsbeschluß. Daß jene Versammlung nur ein Organ der Verbandsperson und weder eine Summe von Individuen noch die Körperschaft selbst ist, wird von der Praxis heute allgemein anerkannt; vgl. z. B. die scharfe Betonung dieser Auffassung im Erk. des O.L.G. Stuttgart v. 6. April 1888 b. Seuff. XLIV Nr. 277 S. 451. Demgemäß ist auch das richtige Verständniß für das Wesen des Versammlungsbeschlusses mehr und mehr durchgedrungen. Eingehende Ausführungen hierüber enthält das Erk. des R.G. (I. Sen.) v. 15. Juni 1889, E.S. XXV Nr. 41, das den Versammlungsbeschluß als „Darstellung eines Gemeinwillens" charakterisirt und den Unterschied der Einzelbethätigungen, die in den statutarisch vorgesehenen oder hergebrachten Formen des Stimmens diesen Gemeinwillen zu Stande bringen, von rechtsgeschäftlichen Individualerklärungen darlegt (S. 198). Das Reichsgericht will daher auch eine statutenmäßig vorgeschriebene Form des Körperschaftsbeschlusses nur auf die Erklärung des Gemeinwillens selbst, nicht auf die ihn konstituirenden Einzelerklärungen beziehen. Somit fordere die vom Statut verlangte Aufnahme einer „gerichtlichen oder notariellen Verhandlung" über den Versammlungsbeschluß nicht eine notarielle Beurkundung der einzelnen Stimmabgaben und eine Unterschrift sämmtlicher Anwesenden oder ihrer Mehrheit, auch nicht eine besondere Anerkennung des Beschlusses durch protokollarische Erklärung Einzelner, sondern nur die Verhandlung des Notars mit den Personen, die den Beschluß herbeiführen und konstatieren, und die notarielle Beurkundung der für die Gültigkeit wesentlichen Momente. Folgeweise sei es auch unschädlich, wenn unter den Abstimmenden ein Blinder war. Ebenso führt

das Erk. des O.L.G. Stuttgart v. 6. April 1888 (b. Seuff. XLIV Nr. 277 S. 451) zutreffend aus, daß die Abgabe der Wahlstimme eines Genossenschafters für ein Aufsichtsraths-mitglied nichts von Auftrag oder Vollmacht enthält und keinerlei Vertragsverhältniß zwischen beiden Personen herstellt, vielmehr lediglich ein Element des Beschlusses eines Organes der juristischen Person ist, wobei der stimmende Genossenschafter nicht als Individuum, sondern „als Mitglied dieses Organs der Genossenschaft" handelt. In demselben Sinne wendet das Erk. des R.G. v. 9. März 1888 (C.S. XX Nr. 33) die Regel, nach der nicht abgegebene Stimmen als nicht vorhanden angesehen werden, auch bei der Berechnung der zu gewissen Aktiengesellschaftsbeschlüssen geforderten „drei Viertel des in der Generalversammlung vertretenen Grundkapitals" an. Dagegen verläßt das Erk. des O.L.G. Celle v. 28. Juni 1893 (b. Seuff. XLIX Nr. 2) den richtigen Standpunkt, wenn es die Entscheidung, daß bei der Aufnahme eines Syndikats für eine Realgemeinde die klagenden Mitglieder nicht stimmberechtigt und deshalb bei der Berechnung der zur Beschlußfähigkeit als anwesend erforderten zwei Drittel nicht mitzuzählen seien, mit der Eigenschaft sämmtlicher Mitglieder als „gesetzlicher Vertreter" der sonst unvertretenen Gemeinde begründet. Obschon nun aber der Einzelne bei der Stimmabgabe nur als Mitglied eines Körperschaftsorganes handelt, so kommt doch hierbei seine einheitliche und untheilbare Persönlichkeit zur Erscheinung. Darum verneint das R.G. (I. Sen.) im Erk. v. 18. April/5. Mai 1894 (C.S. XXXIII Nr. 20) mit Recht die vom Kammergericht angenommene Möglichkeit, daß ein zehnfacher Aktionär, der mit fünf Aktien gegen einen Generalversammlungsbeschluß über Umwandlung der Aktiengesellschaft in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung Widerspruch erhoben hatte, mit den anderen fünf Aktien aber vorbehaltlos der neuen Gesellschaft bei-

getreten war, den Beschluß anfechte. Auch kann sich mit der gliedmäßigen Theilnahme an der körperschaftlichen Willensbildung individuelles Handeln verflechten. Es ist möglich, daß in der Zustimmung eines Mitgliedes zu einem Versammlungsbeschlusse neben der Stimmabgabe zugleich die Erklärung eines individuellen Vertragswillens enthalten ist; vgl. Erk. des R.G. v. 22. Sept. 1893 b. Seuff. L Nr. 30 S. 56—57. Es ist auch möglich, daß durch die Abstimmungshandlung zugleich ein individuelles Delikt begangen wird, das dann als solches der Versammlung selbst nicht anzurechnen ist; vgl. Erk. des R.G. v. 1. Juli 1891 b. Seuff. XLVII Nr. 131. (Die Frage, ob trotzdem der Versammlungsbeschluß wegen des Stimmvergehens einzelner Mitglieder angefochten werden kann, wird in diesem Erk. aufgeworfen, aber nicht erledigt; die Anfechtung ist zweifellos stets zulässig, sobald nachgewiesen wird, daß durch das Stimmvergehen der wahre Gemeinwille verfälscht ist.) Aus solchen individuellen Bestandtheilen der Abstimmungshandlungen entspringen besondere Rechtsfolgen. Im Uebrigen verschwinden die Einzelhandlungen in dem durch sie hervorgebrachten Versammlungsbeschlusse, der nun als festgestellter Willensentschluß der Verbandsperson erscheint. Dieser körperschaftliche Willensentschluß ist aber gleich dem Willensentschluß der Einzelperson zunächst nur ein innerer Vorgang. Der Versammlungsbeschluß als solcher kann daher die Körperschaft selbst nicht äußerlich binden. So führt denn auch das Erk. des R.G. (II. Sen.) v. 8. Dez. 1893 (E.S. XXXII Nr. 24) zutreffend aus, daß die Genossenschaft bei der Auseinandersetzung mit ausgeschiedenen Genossen an eine von der Generalversammlung genehmigte unrichtige Bilanz nicht gebunden ist, sondern der Auseinandersetzung eine nachträglich von der Generalversammlung genehmigte richtige Bilanz zu Grunde legen darf, weil der Versammlungsbeschluß keine bindende Ord-

nung von Rechtsverhältnissen der Genossen, sondern nur ein Mittel ist, den Willen der Genossenschaft zu bilden und auszudrücken. Ebenso faßt das Erk. des R.G. (V. Sen.) v. 27. Sept. 1893 (E.S. XXXI Nr. 72 S. 325–326) den durch übereinstimmende Beschlüsse des Magistrats und der Stadtverordneten zu Stande gekommenen Beschluß einer Stadtgemeinde nur als einen gleich dem Willensentschlusse einer Einzelperson inneren und wandelbaren Vorgang auf, zu dem eine nach außen gerichtete Willenserklärung hinzutreten muß, um die Stadtgemeinde Dritten gegenüber zu binden.

Dem obersten Willensbildungsorgane gegenüber erscheinen alle anderen Organe als Willensausführungsorgane. Allein innerhalb des Zuständigkeitsbereiches sind auch sie in mannigfacher Abstufung zur körperschaftlichen Willensbildung durch Beschlüsse oder Entschlüsse berufen. Das Reichsgericht bezeichnet alle Organe, in denen eine unmittelbar der Verbandsperson zuzurechnende Willensbildung stattfindet, als „Willensorgane" und erkennt an, daß auch die „Ausführungsorgane" in gewissem Umfange zugleich „Willensorgane" sind oder doch sein können; vgl. z. B. Erk. v. 10. Nov. 1887, E.S. XIX Nr. 67 S. 350.

Zur Willensausführung gehört die Vertretung der Verbandsperson im Rechtsverkehr mit Dritten. Die äußere Vertretungsmacht jedes Organes deckt sich im Zweifel mit seiner inneren Zuständigkeit; Erk. des O.L.G. Cassel v. 25. Nov. 178 b. Seuff. XLIII Nr. 217. Doch ergiebt sich aus der allgemeinen Rechtsstellung eines Organes ohne Weiteres eine bestimmte Vertretungsmacht, so daß z. B. der Aufsichtsrath einer Aktiengesellschaft im Bedürfnißfalle Namens der Gesellschaft einem von ihm beauftragten Bücherrevisor ein Honorar bewilligen kann (Erk. des O.L.G. Hamburg v. 17. März 1891 b. Seuff. XLVII Nr. 214) und der Kassirer einer Genossen-

schaft als „berufenes Organ" zur Abgabe von Erklärungen bei einem wider die Genossenschaft erhobenen Wechselproteste erscheint (Erk. des O.L.G. Jena v. 26. Okt. 1892 ib. XLVIII Nr. 209). Dem gutgläubigen Dritten, der dem durch die körperschaftliche Organisation erregten Scheine vorhandener Vertretungsmacht traut, kann die Körperschaft auch nicht die kraft ihrer inneren Verfassung in Wahrheit begründeten Einschränkungen der Vertretungsmacht entgegensetzen. Es müßte denn der Dritte, als er sich mit dem seine Zuständigkeit überschreitenden Organe einließ, nur durch eigene Fahrlässigkeit hiervon keine Kunde gehabt haben; Erk. des R.G. v. 16. März 1892 E.S. XXIX Nr. 53. Eine stärkere Erweiterung der Vertretungsmacht über die Grenzen der inneren Zuständigkeit tritt ein, wenn zur Wirksamkeit von Einschränkungen der gesetzlich normirten Vertretungsmacht eines Organes eine besondere Kundmachung gefordert wird, wie z. B. nach dem Preuß. Berggeſ. § 119 bei jeder Abänderung der gesetzlichen Vertretungsbefugnisse des Gewerkschaftsvorstandes die Aufnahme in dessen urkundliche Legitimation. Auch dann aber bleibt, wie im Erk. des R.G. v. 6. Juli 1892 (E.S. XXX Nr. 57) richtig entschieden ist, eine nicht gehörig kundgemachte Einschränkung gegenüber demjenigen Dritten wirksam, der gleichwohl von ihr Kunde hat. Völlig dagegen löst sich die Vertretungsfunktion von der inneren Zuständigkeitsordnung ab, wo jede Einschränkung der gesetzlichen Vertretungsmacht eines Organes Dritten gegenüber schlechthin für unwirksam erklärt ist. Darum hat die Aktiengesellschaft oder die eingetragene Genossenschaft durch ihren Vorstand Dritten gegenüber auch dann wirksam gehandelt, wenn der Vorstand eine ins Statut aufgenommene oder eingetragene oder dem Dritten bekannte Grenze seiner inneren Zuständigkeit überschritten hat; und dieses Prinzip gilt auch den Mitgliedern gegenüber, insofern

sie als Dritte mit der Körperschaft verkehren; vgl. Erk. des R.G. v. 15. Jan. 1886, C.S. XVII Nr. 1, u. v. 25. Febr. 1888 ib. XXII Nr. 12. An dieser unbeschränkbaren Vertretungsmacht nehmen auch die für Behinderungsfälle einem Vorstandsmitgliede substituirten Stellvertreter dergestalt Theil, daß sie Dritten gegenüber unbedingt und ohne Rücksicht auf das Dasein eines Behinderungsfalles als Vorstandsmitglieder aufzutreten vermögen; Erk. des R.G. v. 19. Okt. 1889 C.S. XXIV Nr. 16. In Uebereinstimmung mit dem ehemaligen Preuß. O.Tr. und dem R.O.H.G. nimmt das Reichsgericht auch bei preußischen Stadtgemeinden eine von der inneren Zuständigkeit unabhängige Vertretungsmacht des Magistrats an, so daß durch eine von zwei Magistratsmitgliedern unterschriebene Urkunde die Stadtgemeinde trotz des Mangels einer verfassungsmäßig erforderlichen Zustimmung der städtischen Vertretung verpflichtet wird; es verneint aber zugleich umgekehrt jede Gebundenheit der Stadtgemeinde ohne eine so abgegebene Willenserklärung und spricht auch dem Vertragsgegner das Recht zu, einen Vertrag umzustoßen, über den er nur eine vom Bürgermeister allein unterschriebene Urkunde empfangen hat, wenngleich ein gehöriger Beschluß beider städtischer Collegien vorlag und das Konzept der Urkunde von zwei Magistratsmitgliedern unterschrieben war; Erk. des R.G. (V. Sen.) v. 27. Sept. 1893 C.S. XXXI Nr. 72.

In der Handlungsfähigkeit der Verbandsperson ist nothwendig zugleich ihre Prozeßfähigkeit enthalten. Es ist daher verfehlt, wenn das Erk. des O.L.G. Cassel v. 20. Jan. 1888 (b. Seuff. XLVII Nr. 290) bei einem als parteifähig anerkannten Vereine mangels anderer statutarischer Bestimmung eine Prozeßvollmacht sämmtlicher Mitglieder fordert und sich nur deshalb, weil ein der nothwendigen Streitgenossenschaft des § 59 der C.Pr.O. verwandtes Verhältniß vorliege, mit

der Vollmacht der Mehrzahl begnügt. Ist der Verein als solcher parteifähig, so kann er auch durch Versammlungsbeschluß einen Prozeßvertreter bestellen.

Daß eine Verbandsperson ihre Rechte auch durch Selbsthülfe schützen kann, ist im Erk. des R.G. v. 17. Jan. 1890 (C.S. XXV Nr. 31) anerkannt. Hier wird in dem Vorgehen einer Gemeinde, die durch ihren Bürgermeister einen bei der Reinigung ihres Kanals entdeckten unterirdischen Abzugskanal in den Keller eines Ortsbürgers verstopfen ließ, Selbsthülfe zum Schutze eines Vermögensrechts, nicht aber eine polizeiliche Verfügung gefunden.

Von der Voraussetzung, daß eine Verbandsperson nicht blos juristischen Besitz, sondern auch eigenen Gewahrsam haben kann, geht das Erk. des R.G. v. 16. Juni 1885 (C.S. XIV Nr. 102) aus, indem es einer Aktiengesellschaft die Spolienklage auf Zurückgabe von Sachen gewährt, die bei ihrem Direktor als Privatperson gepfändet waren, während er sie als Direktor für die Aktiengesellschaft innehatte und als solcher die Herausgabe weigerte.

Schreibt so die Praxis der Verbandsperson einen einheitlichen Willen zu, so kann sie ihr auch ein einheitliches Bewußtsein nicht absprechen. Aus der Einheit dieses Bewußtseins wird im Erk. des O.LG. Braunschweig v. 19. Okt. 1888 (b. Seuff. XLVI Nr. 3) zutreffend gefolgert, daß Handlungen der Organe einer juristischen Person zur Auslegung der von ihr geschlossenen Verträge auch dann, wenn inzwischen die Organträgerschaft gewechselt hat, in demselben Umfange benutzt werden dürfen, wie Handlungen einer Einzelperson für die Auslegung ihrer Verträge. Ob eine Körperschaft etwas weiß oder nicht weiß, hängt von dem Wissen oder Nichtwissen ihrer Bewußtseinsorgane ab, die sich keineswegs immer mit ihren Willensorganen decken. So wird im Erk. des R.G. vom

14. Dez. 1892 (C.S. XXX Nr. 71) richtig entschieden, daß die Verjährung der Klage des Fiskus wegen des einer Staatseisenbahn zugefügten Bergschadens nicht erst von dem Augenblicke an, in dem das Betriebsamt Kenntniß erlangte, sondern schon von dem Augenblicke an, in dem der zur Beaufsichtigung der fraglichen Bahnstrecke bestellte Staatsbeamte die Schadenszufügung wahrnahm, zu laufen beginnt; denn in diesem Augenblicke habe der Staat selbst die Kenntniß erlangt; unerheblich hierfür sei es, daß der Bahnbeamte keine rechtsgeschäftliche oder prozessuale Vertetungsmacht hatte: „gehört zu den Funktionen des Beamten der Schutz und die Ueberwachung gewisser dem Staate gehöriger Gegenstände, so ist er hierfür das Organ des Staates, gewissermaßen das Auge, mit dem dieser wahrnimmt". Ebenso wird in Uebereinstimmung mit dem der C.Pr.O. in § 157 Abs. 3 zu Grunde liegenden Gedanken allgemein angenommen, daß, wenn ein aus mehreren Personen zusammengesetztes Organ nur kollektiv zur Vertretung berufen ist, doch schon das Wissen eines einzelnen Mitträgers der kollektiven Einheit genügt, um ein Wissen der Verbandsperson zu begründen; vgl. Erk. des R.G. v. 22. Febr. 1893 b. Seuff. XLIX Nr. 109, auch v. 19. Okt. 1889 C.S. XXIV Nr. 16. Als selbstverständlich gilt die Möglichkeit eines körperschaftlichen Irrthums; vgl. Erk. des R.G. v. 29. Sept. 1892 C.S. XXX Nr. 60 (eine Stadtgemeinde ficht einen von ihr mit dem Fiskus über Ablösung einer Abgabe geschlossenen Vertrag erfolgreich wegen Irrthums an). Auf der Annahme eines verschuldeten Nichtwissens der Verbandsperson beruht das Erk. des R.G. v. 17. Jan. 1890 (C.S. XXV Nr. 31), das den Besitz an einer unterirdischen Abzugsleitung aus einem Gemeindekanal für nicht heimlich und die Ersitzung eines Wasserableitungsrechtes für möglich erklärt, wenn die Abzugsleitung so offen angelegt wurde, daß die fraglichen

Handlungen „den Organen der beklagten Gemeinde bei der gebotenen Aufmerksamkeit nicht hätte entgehen können".

### e) Rechtswidriges Handeln der Verbandspersonen.

Den größten Fortschritt im Sinne der Anerkennung der körperschaftlichen Willens- und Handlungsfähigkeit weist die Rechtsprechung über Ersatzverbindlichkeiten von Verbandspersonen aus rechtswidrigen Handlungen auf. Doch ist die Entwicklung hier noch im Fluß und droht zum Theil auf halbem Wege stehen zu bleiben.

Das einst kaum noch angefochtene Dogma, daß die juristische Person an sich deliktsunfähig sei, ist aus den Entscheidungen der Gerichte nahezu wieder verschwunden. Als vollwerthiger Entscheidungsgrund prangt es noch im Erk. des O.L.G. Hamburg v. 19. April 1886 (b. Seuff. XLII Nr. 96). Nur als theoretisches Axiom ohne praktische Bedeutung tritt es im Erk. des R.G. (VI. Sen.) v. 6. März 1893 (b. Seuff. XLIX Nr. 1) auf, da hier alsbald zugestanden wird, daß gleichwohl nach heutigem gemeinem Recht Deliktsklagen. gegen juristische Personen „grundsätzlich" zulässig sind (S. 2)

Im Uebrigen hat sich neuerdings namentlich das Reichsgericht mit voller Entschiedenheit für die Deliktsfähigkeit der juristischen Personen ausgesprochen. Grundlegende Bedeutung kommt insbesondere den im Erk. des VI. Sen. v. 10. Nov. 1887 (E.S. XIX Nr. 67) enthaltenen Ausführungen zu: bei der juristischen wie bei der physischen Person sei Haftung aus eigenem Versehen und für fremdes Versehen zu unterscheiden; eigenes Versehen sei als „Willensfehler" in dem Versehen eines „Willensorganes" zu finden, sofern dieses innerhalb seiner Zuständigkeit handelt und somit seine Handlung als Handlung der juristischen Person selbst gilt;

fremdes Versehen sei für sie gleich dem Versehen Dritter auch das Versehen solcher Organe außerhalb ihrer Vertretung in Willensakten und der lediglich als Werkzeuge berufenen Organe; nach Preuß. A.L.R. II, 6 § 82 hafte die juristische Person gleich der physischen Person aus eigenem Versehen stets, aus fremdem Versehen nur unter besonderen Umständen. Die hier bekundete Grundauffassung kehrt nicht nur in anderen für das Gebiet des preußischen Landrechts ergangenen Reichsgerichtsentscheidungen wieder (vgl. z. B. Erk. desselben Sen. v. 15. Okt. 1888 E.S. XXII Nr. 53 und v. 5. Nov. 1891 ib. XXVIII Nr. 74 S. 366, des III. Sen. v. 5. Mai 1893 ib. XXXI Nr. 54, auch schon des I. Sen. v. 18. April 1885 b. Seuff. XLI Nr. 100), sondern wird vom Reichsgericht auch für das gemeine Recht durchgeführt (vgl. z. B. Erk. des III. Sen. v. 28. Okt. 1887 b. Seuff. XLIII Nr. 114, v. 6. April 1888 ib. XLIV Nr. 83 und v. 31. Mai 1892 E.S. XXIX Nr. 36 S. 142, sowie die Erk. v. 8. Dez. 1885 und 6. April 1888 in der Jurist. Wochenschr. v. 1886 S. 21 und v. 1888 S. 212) und für das sächsische Recht (Erk. des I. Sen. v. 25. Juni 1890 E.S. XXVIII Nr. 54 S. 242) und das französische Recht (Erk. des II. Sen. v. 17. Juni 1887 ib. XIX Nr. 20 S. 106—107) festgehalten. Auch das Obst. L.G. f. Bayern geht z. B. im Erk. v. 1. April 1886 (b. Seuff. XLI Nr. 271) durchweg von der Möglichkeit einer der Aktiengesellschaft als solcher zurechenbaren Schuld aus.

Bei der Abgrenzung der „Willensorgane", deren Willensfehler der juristischen Person als eignes Verschulden angerechnet werden soll, begegnen mancherlei Zweifel. Im Allgemeinen aber werden darunter, wie schon oben bemerkt ist, alle verfassungsmäßig zur Willensbildung berufenen Organe und somit für den Bereich ihrer selbständigen Entschließungsmacht auch die Ausführungsorgane verstanden. Insoweit wird nunmehr

auch die Frage nach der *Haftung des Staats aus dem Verschulden seiner Beamten* grundsätzlich bejaht. Hatte sie für das gemeine Recht noch ein Erk. des III. Sen. des R.G v. 8. Apr. 1884 (E.S. XI Nr. 42) vielmehr grundsätzlich verneint, so hat schon ein Erk. desselben Senats v. 21. Dez. 1886 (E.S. XVII Nr. 25) sich mindestens für den privatrechtlichen Thätigkeitsbereich auf den entgegengesetzten Standpunkt gestellt und jener früheren Entscheidung einen lediglich auf öffentliche Funktionen gerichteten Sinn untergeschoben. In eingehender Erörterung aber legt namentlich das für das Gebiet des preußischen Landrechts ergangene Erk. des VI. Sen. v. 10. Nov. 1887 (E.S. XIX Nr. 67) klar, daß das Verschulden von Beamten „eignes Verschulden" des Staats sein kann, da nicht blos die Centralbehörden, sondern auch die mittleren und unteren Behörden „Willensorgane" des Staats sind und beispielsweise auch in den Anweisungen eines Betriebs- und Bauinspektors an die ihm untergebenen Beamten sich der „wollende Staat" darstellt. Ebenso führt das Erk. des Obst. L.G. f. Bayern v. 5. Mai 1887 (b. *Seuff.* XLII Nr. 276) zutreffend aus, daß hinsichtlich der Frage, inwieweit der Staat die Handlungen und Unterlassungen seiner Organe als „eigene" anerkennen muß, ein Unterschied zwischen höheren und untergeordneten Behörden und Beamten nicht walte.

Die Frage, unter welchen *Voraussetzungen* eine rechtswidrige Handlung der Verbandsperson selbst anzunehmen ist, wird von der Praxis durch die Anwendung der für das körperschaftliche Handeln überhaupt geltenden Grundsätze gelöst. Vor allem wird daher ein von dem verfassungsmäßigen Organ innerhalb seines Zuständigkeitsbereiches begangenes Versehen gefordert. Was ein Organ außerhalb seines Zuständigkeitsbereiches fehlt, fällt nur dem handelnden Individuum zur Last. Richtig wird daher im Erk. des R.G. (III. Sen.) v.

31. Mai 1892 (E.S. XXIX Nr. 36) die Haftung einer Verbandsperson für statutenwidrige Handlungen verneint, durch die ein Verbandsorgan seine Pflichten gegen den Verband verletzt und sich ihm haftbar macht, ohne daß zugleich der Verband eine Pflicht gegen Dritte verletzt hätte. Andererseits wird von der Praxis nicht verkannt, daß in der Handlung, durch die ein Organ die Gemeinheit mit einem Verschulden belastet, stets zugleich ein selbständiges individuelles Verschulden steckt. So macht das Erk. des R.G. (I. Sen.) v. 25. Juni 1890 (E.S. XXVIII Nr. 54 S. 241—242) die satzungsgemäß handelnden Vorstandsmitglieder einer sächsischen Genossenschaft für die hiermit begangene rechtswidrige Schadenszufügung zugleich persönlich verantwortlich; denn obschon der durch sie als Organ handelnde Verein „ex delicto“ hafte, so hafte doch zugleich jedes Vorstandsmitglied individuell „ex delicto“. Nur herrscht heute Einigkeit darüber, daß hieraus keineswegs die Subsidiarität der die Verbandsperson als solche treffenden Haftung gefolgert werden darf. Die Annahme, daß der Staat aus dem Verschulden seiner Beamten grundsätzlich nur subsidiär hafte, ist im Erk. des R.G. (III. Sen.) v. 21. Dez. 1886 (E.S. XVII Nr. 25) unter Abänderung eines auf sie gestützten Urtheils des O.L.G. Jena verworfen worden.

Was die einzelnen Fälle der Haftung betrifft, so ist zunächst eine Ersatzverbindlichkeit der Verbandspersonen aus dem Verschulden ihrer Organe in Vertragsverhältnissen stets anerkannt geblieben. Während aber früher diese Haftung unter den Gesichtspunkt der Haftung des Prinzipals für seine Stellvertreter und Gehülfen gestellt und demgemäß je nach den hierbei als maßgebend betrachteten Grundsätzen verkürzt wurde, sucht die neuere Praxis durch die Unterscheidung zwischen dem eigenen Verschulden der Verbandsperson und dem Verschulden ihrer Stellvertreter und Gehülfen zu einer gleich-

mäßigen Behandlung von Verbandspersonen und Einzelpersonen zu gelangen. Wo sie ein eignes Verschulden der Verbandsperson in einem Vertragsverhältniß annimmt, bürdet sie ihr eine unbedingte Verantwortlichkeit auf. In diesem Sinne belastet das Erk. des R.G. v. 10. Nov. 1887 (E.S. XIX Nr. 67) den Staat als Dienstherrn mit einer Ersatzverbindlichkeit gegenüber einem unteren Beamten, der durch ein Verschulden des staatlichen Bau- und Betriebsinspektors bei dem Auftrage zur Prüfung von Feuerlöschgeräthen geschädigt war. Aehnlich das Erk. des Obst. L.G. für Bayern v. 5. Mai 1887 (b. Seuff. XLII Nr. 276) im Falle einer von einem staatlichen Kanalwärter verschuldeten Beschädigung gemietheter Kanalarbeiter. Auch gehört hierher das schon oben besprochene Erk. des R.G. v. 25. Mai 1890 (E.S. XXV Nr. 78), das den Fiskus als Fischereiverpächter aus einer Vertragsverletzung durch staatlichen Hoheitsakt privatrechtlich haften läßt. Wo dagegen die Gerichte nur ein Verschulden eines Stellvertreters oder eines Gehülfen der Verbandsperson annehmen zu dürfen glauben, erkennen sie eine Ersatzverbindlichkeit der Verbandsperson nur dann an, wenn eine solche auch eine Einzelperson kraft der im Vertragsverhältnisse begründeten Haftung für fremdes Verschulden treffen würde. So verneint das Erk. des R.G. v. 28. Okt. 1887 (b. Seuff. XLIII Nr. 114) die Haftung eines mit juristischer Persönlichkeit ausgestatteten Krankenhauses für den durch einen Wärter verschuldeten Unfall eines Kranken deshalb, weil auch eine physische Person nach gemeinem Recht hier nicht wie beim Werkverdingungsvertrage für ihre Gehülfen, sondern nur aus eigner culpa in eligendo vel custodiendo haften würde. Ebenso beruft sich das Erk. des R.G. v. 7. April 1892 (E.S. XXIX Nr. 57), das einen gegen eine preußische Landschaft aus dem Versehen eines von ihr für ein bepfandbrieftes Gut bestellten

Sequesters erhobenen Ersatzanspruch zurückweist, auf die Eigenschaft dieses Sequesters als eines bloßen Gehülfen, für dessen Versehen auch eine Einzelperson nicht einzustehen hätte. Bedenklicher ist die Ausführung des Erk. des R.G. v. 17. Juni 1887 (E.S. XIX Nr. 20 S. 106—107), nach der die Postverwaltung bei ihren Verträgen, obschon sie die Haftung für eignen dolus nicht wirksam wegbedingen kann, doch die Haftung für dolose Handlungsweise „eines mit dem Vollzuge der durch die Postverwaltung übernommenen Postauftrages von der Postverwaltung betrauten Werkzeuges" gültig auszuschließen vermag; denn hier handle es sich nicht um eine Aeußerung „des staatlichen Willens" durch eine diesen verkörpernde Person, sondern um eine nicht vom Staate gewollte, „dem privaten Willen" entstammende dolose Thätigkeit. In solcher Allgemeinheit darf sicherlich nicht jedem unterhalb der „Postverwaltung" thätigen Postbeamten die Eigenschaft eines staatlichen Willensorganes abgesprochen werden!

Auch hinsichtlich der Haftung aus außerkontraktlichem Verschulden ist in der Praxis die Gleichstellung der Verbandspersonen mit den Einzelpersonen mehr und mehr durchgedrungen und somit im Gebiete des individualrechtlichen Handelns eine Ersatzverbindlichkeit der Verbandspersonen aus dem schuldhaften Verhalten ihrer Willensorgane in demselben Umfange anerkannt, in dem eine Einzelperson durch gleichartiges eigenes Verhalten ersatzpflichtig würde. In Uebereinstimmung mit der stets herrschenden Uebung nimmt das Erk. des R.G. v. 6. Apr. 1888 (b. Seuff. XLIII Nr. 270) an, daß das Interdikt zum Schutze des Gebrauchs öffentlicher Wege gegen eine Gemeinde, die durch Gemeinderathsbeschluß die Sperrung herbeigeführt hat, auch auf Schadensersatz geht. Eine Schadensersatzverbindlichkeit einer Bank aus dem einem Kunden schuldhafter Weise ertheilten Rath, ihre eigenen An-

theilscheine, die in Wahrheit sehr ungünstig standen, zu behalten, statuirt das Erk. des R.G. (I. Sen.) v. 18. Apr. 1885 (b. Seuff. XLI Nr. 100). Allerdings bestand hier eine Geschäftsverbindung zwischen der Bank und dem Geschädigten; allein das Reichsgericht beruft sich auf diese nur, um die Haftung aus dem Rathe überhaupt zu begründen, nicht etwa, um darzuthun, daß hier ein kontraktliches Verschulden vorliege, für das juristische Personen einstehen müßten, während für ein außerkontraktliches Verschulden nur die Direktion, nicht die Bank gehaftet haben würde. Ganz ohne Grund trägt das O.L.G. Hamburg im Erk. v. 19. Apr. 1886 (b. Seuff. XLII Nr. 96) diese Argumentation in die Reichsgerichtsentscheidung hinein, um mit dieser seine eigene verfehlte Entscheidung in Einklang zu setzen, nach der jede Verantwortlichkeit einer Aktienbank für die von ihrem Direktor wissentlich ertheilte unrichtige Auskunft über den Werth der zur Anschaffung empfohlenen eigenen Aktien wegfällt, wenn die Auskunftsertheilung nicht als Vertragsverhältniß erscheint. Bei der Begründung dieser Entscheidung stellt sich das O.L.G. Hamburg auf den sonst allgemein aufgegebenen Standpunkt, daß das außerkontraktliche Verschulden verfassungsmäßiger Organe überhaupt niemals der juristischen Person anzurechnen sei. Dagegen wird im Erk. des R.G. (I. Sen.) v. 16. März 1887 (E.S. XVIII Nr. 21) gegen eine Aktiengesellschaft, die ihre eigenen, in Folge einer falschen Bilanz in die Höhe getriebenen Aktien durch eine vorgeschobene Person verpfänden ließ, eine actio doli zugelassen. Freilich bleibt hier, wennschon stets von einem eigenen Handeln der juristischen Person durch ihre Organe die Rede ist, schließlich dahingestellt, ob der Umstand, „daß die Vereinsbank als Aktiengesellschaft nicht im Stande war, persönlich zu handeln, sondern daß sie nur durch ihren Vorstand handeln konnte und gehandelt hat“, einer ohne Weiteres eintretenden Haftung der

Vereinsbank aus dem dolus des Vorstandes hinderlich sei; denn es genüge im vorliegenden Falle, „von dem allgemein anerkannten Satze auszugehen, daß die Aktiengesellschaft aus einem Delikte des Vorstandes jedenfalls dann und insoweit haftet, als durch das Delikt etwas in ihr Vermögen gekommen ist". Am wenigsten Zweifel bereitet der Rechtsprechung die Zulässigkeit der aquilischen Klage gegen eine Verbandsperson wegen rechtswidriger Verabsäumung der ihr als Grundeigenthümerin, Bauherrin oder Betriebsunternehmerin obliegenden Verpflichtungen. So hat das Reichsgericht zum Schadensersatze verurtheilt: eine Gemeinde wegen schuldhafter Verursachung des Todes eines Menschen durch mangelhafte Verwahrung eines sich neben dem Gemeindewege hinziehenden Grabens, dessen Eigenthümerin oder doch vollständige Besitzerin sie war (Erk. v. 27. Febr. 1890, E.S. XXV Nr. 12); eine Kirchengemeinde wegen schuldhafter Unterlassung ihres Vorstandes, der eine Luke nicht schloß, durch die ein in der Bälgekammer beschäftigter neugieriger Knabe in die Kirche fiel (Erk. v. 6. April 1888 b. Seuff. XLIV Nr. 83); eine Stadtgemeinde wegen mangelhafter Unterhaltung der Straße an einem Kanal, in den ein Pferd mit dem Reiter stürzte (Erk. v. 7. Apr. 1893 b. Seuff. XLIX Nr. 76); den Staat wegen schuldhafter Schadenszufügung durch Unterlassung der nöthigen Schutzvorkehrungen bei Sprengungen (Erk. v. 21. Dez. 1886, E.S. XVII Nr. 25, u. v. 7. Jan. 1887 b. Seuff. XLII Nr. 210). Keineswegs aber huldigt das Reichsgericht der mitunter noch auftauchenden Ansicht, daß die aquilische Klage gegen eine juristische Person überhaupt nur auf ein Omissivdelikt gegründet werden könne. Ausdrücklich vielmehr tritt es im Erk. des VI. Sen. v. 15. Okt. 1888 (E.S. XXII Nr. 53) dieser vom Kammergericht festgehaltenen Einschränkung entgegen und gelangt in eingehender Begründung zu dem Ergebniß, daß das ritterschaftliche Kredit-

institut der Kur- und Neumark das Versehen der Ritterschafts-direktion der Priegnitz, die auf Anfrage des Sequesters eines Gutes die Abfuhr des einem Holzhändler verkauften Holzes gestattet hatte und sich hierbei innerhalb ihrer statutarischen Zuständigkeit befand, als „eigenen schuldhaften Willensentschluß“ verantworten und deshalb den geschädigten Realgläubigern Ersatz leisten muß. So belastet es auch im Erk. desselben Sen. v. 23. Juni 1890 (E.S. XXVI Nr. 56) einen Provinzialverband mit einer Ersatzverbindlichkeit wegen schuldhafter Verursachung einer Ueberschwemmung durch Errichtung eines nicht als Deichanlage genehmigten Chausseedammes. Und ganz allgemein verkündet es im Erk. des III. Sen. v. 5 Mai 1893 (E.S. XXXI Nr. 54) für das preußische wie gemeine Recht den vom O.L.G. Celle verkannten Rechtssatz, daß die juristische Person auch außerkontraktlich für jede schuldhafte Handlung oder Unterlassung, die ein Willensorgan in seinem Geschäftskreise begangen hat, in gleichem Umfange wie die natürliche Person aus eigenem Verschulden haftet. Darum soll der Fiskus zum Ersatze des Schadens, den ein Badegast durch den Einsturz der Wartehalle in Norderney bei Sturm erlitten hatte, verurtheilt werden, falls nachgewiesen wird, daß ein Willensorgan des Fiskus im Kreise seiner Zuständigkeit bei dem Bau oder der Unterhaltung schuldhaft gehandelt hat. Gleichzeitig aber lehnt das Reichsgericht gerade hier die aquilische Haftung der juristischen Person aus dem Verschulden ihres Beamten oder Angestellten grundsätzlich ab, sobald dieses Verschulden nicht ihr selbst zugerechnet werden kann. Vgl. auch die Erk. v. 8. Dez. 1885 b. Seuff. XLII Nr. 277 u. v. 6. März 1893 ib. XLIX Nr. 1. Denn eine außerkontraktliche Haftung für fremdes Verschulden trifft die Verbandspersonen nur in denselben Ausnahmefällen, in denen sie Einzelpersonen trifft. Soweit freilich ausnahmsweise eine Verbandsperson als Geschäfts-

herrin das Verschulden ihrer Leute vertreten muß, kommt es auf den Unterschied zwischen Organen und Bediensteten nicht weiter an. So ist für die Begründung eines Schadensersatzanspruches gegen den Staat oder eine Körperschaft aus § 2 des Reichshaftpflichtgesetzes die Stellung des schuldigen Angestellten im gemeinheitlichen Willensorganismus gleichgültig, weshalb auch das Erk. des R.G. v. 7. Juli 1885 (b. Seuff. XLI Nr. 301) keine Klageänderung darin findet, wenn die Klage nachträglich auf das Verschulden eines anderen Organs oder Repräsentanten, als des ursprünglich genannten Aufsehers, gestützt wird.

Wird so bei allem Handeln und Unterlassen, das in den auch den Einzelpersonen zugänglichen Bereich fällt, eine deliktische Haftung der Verbandspersonen grundsätzlich anerkannt, so hat die Praxis sich immer noch nicht zu der Erkenntniß durchgerungen, daß die Verbandspersonen auch in dem ihnen eigenthümlichen gemeinheitlichen Handlungsbereiche die privatrechtlichen Folgen eines eigenen Verschuldens tragen und den durch rechtswidrige Ausübung oder Nichtausübung sozialer Funktionen einem Anderen zugefügten Schaden ersetzen müssen. Insbesondere wird, wo es sich um die Haftung des Staates und anderer öffentlicher Verbände aus schuldhafter Verwendung oder Nichtverwendung öffentlicher Machtmittel handelt, meist von vornherein der rechte Weg dadurch versperrt, daß die Frage der Ersatzverbindlichkeit aus dem Privatrecht ins öffentliche Recht verlegt wird. Offenbar jedoch ist für die privatrechtliche Natur des aus widerrechtlicher Verletzung einer Privatrechtssphäre entspringenden vermögensrechtlichen Anspruches das Verhältniß der verletzenden Handlung oder Unterlassung zu der Lebensordnung der schuldigen Person bedeutungslos. So ist ja auch in solchen Fällen das Dasein eines privatrechtlichen Ersatzanspruches gegen den schuldigen Beamten

unbestritten. Der Ersatzanspruch gegen das Gemeinwesen aber findet seine alleinige und ausreichende Begründung darin, daß durch sein Organ zugleich das Gemeinwesen selbst ein Versehen begangen hat, und kann daher keine andere rechtliche Beschaffenheit aufweisen. In diesem Sinne nimmt auch das Obst L.G. f. Bayern im Erk. v. 19. Sept. 1888 (b. Seuff. XLIV Nr. 132) richtig an, daß die Entschädigungsklage gegen eine Gemeinde aus den während eines Volksfestes vorgekommenen Amtswidrigkeiten ihrer polizeilichen Organe im Allgemeinen an die gleichen Voraussetzungen wie die Klage gegen den Beamten selbst gebunden ist und mithin auch die für diese positivrechtlich vorgeschriebene administrative Erledigung der Vorfrage fordert, ob die polizeilichen Organe ihre dienstlichen Befugnisse überschritten oder ihre dienstlichen Obliegenheiten verletzt haben. Dagegen scheint das Reichsgericht hier die Folgerungen aus seiner Auffassung des Verschuldens der Willensorgane als eines Verschuldens der Verbandspersonen selbst nicht ziehen zu wollen. Unbedingt lehnt es in Uebereinstimmung mit der in der preußischen Praxis stets überwiegend festgehaltenen Ansicht für das Gebiet des preußischen Landrechts jede nicht etwa durch ein besonderes Gesetz begründete Haftung des Fiskus für die von seinen Beamten bei Ausübung obrigkeitlicher Befugnisse begangenen Versehen ab. Und im Erk. des VI. Sen. v. 5. Nov. 1891 (E.S. XXVIII Nr. 74) dehnt es dieses Prinzip auf Gemeinden und Korporationen und die in ihrem Dienste handelnden „mittelbaren Staatsbeamten" aus und verneint daher unter Abänderung eines Erkenntnisses der O.L.G. Marienwerder die Haftung eines landschaftlichen Kreditverbandes für die Schädigung von Hypothekengläubigern durch die Ausstellung eines unrichtigen Unschädlichkeitsattestes, weil es sich hierbei um ein Versehen handle, das die Körperschaftsbeamten „sich bei der Wahrnehmung der ihnen neben der Vertretung

der juristischen Person zustehenden obrigkeitlichen Befugnisse zu Schulden kommen ließen". Eine höchst unbillige Entscheidung, als deren eigentliche Grundlage zugleich die überlebte Fiktions- theorie mit ihrer Verengerung der Körperschaftspersönlichkeit zu einem künstlichen Vermögensträger durchschimmert! Aehn- liche Erwägungen begegnen im Erk. desselben Sen. v. 7. April 1892 (E.S. XXIX Nr. 57 S. 234). Aber auch für das gemeine Recht droht das Reichsgericht denselben Grundsatz durchzuführen und hiermit die Entwickelung der Praxis, in der die richtige Auffassung dem Siege nahe war (vgl. meine Ge- nossenschaftstheorie S. 795 ff.), zurückzuschrauben. So findet das Erk. des III. Sen. v. 21. Dez. 1886 (E.S. XVII Nr. 25) in dem Erk. desselben Sen. v. 8. April 1884 (ib. XI Nr. 42) den von ihm gebilligten Grundsatz ausgesprochen, daß der Staat aus dem Verschulden seiner Organe bei der Ausübung öffentlichrechtlicher Funktionen niemals hafte. Ebenso nimmt ein Erk. desselben Sen. v. 19. Dez. 1893 (E.S. XXXII Nr. 37) als selbstverständlich an, daß der Fiskus für den vom Führer eines Zollschiffs verschuldeten Zusammenstoß mit einem anderen Schiffe aus dem Gesichtspunkte der Haftung juristi- scher Personen für ihre Organe nicht hafte: „denn es handelt sich bei dem Verschulden des Kapitäns B. nicht um eine schuldhafte Handlung oder Unterlassung bei Verwaltung des Staatsvermögens, sondern um ein Verschulden in dem für die Zwecke der Zollerhebung eingerichteten öffentlichen Dienste". Endlich ist auch im Erk. desselben Sen. v. 18. Sept. 1894 (E.S. XXXIII Nr. 43) zwar nicht geradezu die gleiche An- schauung bekannt, wohl aber ein nur aus ihr zu rechtfertigen- des Ergebniß gewonnen. Hier handelte es sich um eine gegen den Braunschweigischen Fiskus angestellte Ersatzklage wegen gericht- licher Depositen, die an einen Gerichtsschreiber eingezahlt waren, nach dessen Tode aber fehlten. Nach dem Braunschweig. Gesetz v.

1. April 1879 können Depositalverträge nur durch die Depositalrichter geschlossen werden. Der Gerichtsschreiber hatte jedoch die Depositen längere Zeit hindurch mit Wissen der Aufsichtsbehörde unbeanstandet in Empfang genommen, ja er war hierzu vom Landgerichtspräsidenten ermächtigt worden. Das Reichsgericht erkennt keinen Ersatzanspruch gegen den Staat an. Allerdings werde der Staat durch Handlungen und Unterlassungen seiner Willensorgane verpflichtet; aber durch Handlungen nur, wenn „die Organe innerhalb ihrer Zuständigkeit sich befanden", durch Unterlassungen nur, wenn die gesetzlich oder vertragsmäßig dem Staate selbst obliegenden Pflichten vernachlässigt sind. Hier sei der Gerichtsschreiber nicht zuständig gewesen und hätte nur auf verfassungsmäßigem Wege, nicht durch den Willen selbst der höchsten Staatsbehörden zuständig werden können. Aber auch wenn man annähme, daß durch die Ermächtigung des Landgerichtspräsidenten der Gerichtsschreiber zur vorläufigen Entgegennahme der Gelder zuständig geworden sei, würde der Staat aus dessen Verschulden nicht haften, weil eine allgemeine Haftung des Staates für Delikte seiner Beamten nicht bestehe. Derselbe Grund spreche gegen die Haftung des Staats aus dem Verschulden der Depositalrichter und Aufsichtsbeamten. Somit bleibe nur noch die Möglichkeit, daß den Staat selbst ein zum Ersatz verpflichtendes Verschulden, begangen durch seine Willensorgane, trifft. Ein solches könne man in der Verabsäumung der gehörigen Aufsicht, die dem ungesetzlichen Zustande früher ein Ende bereitet haben würde, finden. Wenn aber auch die juristische Person gleich der physischen aus außerkontraktlichem Verschulden hafte, so bestehe doch gemeinrechtlich eine allgemeine Haftung wegen fahrlässiger Vermögensbeschädigung überhaupt nicht und folgeweise auch nicht für den Staat. Vielmehr trete die Haftung nur ein, falls die actio legis Aquiliae begründet sei. Nun habe freilich das O.L.G.

Braunschweig die aquilische Klage im vorliegenden Falle für begründet erachtet und nur wegen konkurrirenden Verschuldens der die Kläger bei der Niederlegung vertretenden Rechtsanwälte abgewiesen. Allein die aquilische Klage sei gar nicht begründet. Der Staat habe sich rein passiv verhalten. Durch bloße Unterlassungen aber werde die aquilische Klage nur erzeugt, wenn eine Verpflichtung zum Handeln bestand. Hier aber sei der Staat selbst den Klägern zu nichts verpflichtet gewesen. Denn die Sorge für gehörige Deposition sei Sache der Deponenten, nicht Pflicht des Staates. Diese Ausführungen des Reichsgerichts sind natürlich insoweit unangreifbar, als sie das Zustandekommen eines Depositalvertrages und somit die Haftung des Staates aus einer Vertragspflicht verneinen. Es ist ferner richtig, daß demgemäß der Staat den geschädigten Deponenten für das Verschulden seiner Beamten insoweit nicht haftet, als dieses für ihn fremdes Verschulden ist. Dagegen beruht die Argumentation, mit der die Haftung des Staates aus dem ihm als eignes Verschulden anzurechnenden Versehen seiner Willensorgane weggedeutet wird, auf einer Verkennung der öffentlichrechtlichen Grundlage des staatlichen Depositenwesens. Das Reichsgericht argumentirt, als stehe der Staat den Deponenten vor dem Abschlusse der Depositalverträge genau so gegenüber, wie der Bankier dem depositionslustigen Publikum. Der Staat hat aber im öffentlichen Depositenwesen eine öffentlichrechtliche Einrichtung geschaffen, für die er die ihm als Staat zu Gebote stehenden Machtmittel gebraucht und das ihm als Staat gebührende Vertrauen fordert. Hiermit hat er zugleich eine öffentlichrechtliche Pflicht übernommen, diese Einrichtung ordnungsmäßig zu verwalten. Wenn daher seine verfassungsmäßigen Depositalverwaltungsorgane (Depositalrichter und Gerichtspräsident) durch schuldhaftes Verhalten die betheiligten Staatsangehörigen in Bezug auf die zur Annahme von Depo-

siten gesetzlich zuständige Stelle irreführen oder geradezu an die falsche Stelle verweisen, so verletzt er selbst eine ihm obliegende öffentlichrechtliche Pflicht. Und nur wenn eben innerhalb des öffentlichrechtlichen Handlungsbereiches die Haftung des Staates aus eigenem Verschulden grundsätzlich verneint wird, läßt sich die Verbindlichkeit des Staates bestreiten, den durch eine derartige ordnungswidrige Verwaltung des öffentlichen Depositenwesens verursachten Vermögensschaden zu ersetzen.

Mit der Haftung der Verbandspersonen aus eigenem oder fremdem Verschulden ist schließlich nicht ihre Haftung aus schuldloser Schadensverursachung zu verwechseln. Eine solche Haftung trifft natürlich zunächst Verbandspersonen in denselben Fällen, in denen sie für Einzelpersonen begründet ist. Dahin wird im Erk. des R.G. (III. Sen.) v. 7. Dez. 1886 (E.S. XVII Nr. 24) mit Recht die Haftung des Eisenbahnfiskus aus der Schädigung der Nachbargrundstücke durch Funkensprühen der Lokomotive gerechnet. Irgend ein Verschulden ist hier nicht erforderlich; die Haftung ergiebt sich aus der Pflicht dessen, der einen mit einer besonderen Gefahr für Andere verknüpften Betrieb unternimmt, diese Gefahr zu tragen. Ein Erk. des Obst. L.G. f. Bayern v. 1. April 1888 (b. Seuff. XLI Nr. 271), das einer Aktiengesellschaft, die für ihre obrigkeitlich genehmigte Trambahn auf öffentlicher Straße mit Zustimmung der Gemeinde als Straßeneigenthümerin Schienen gelegt hatte, den Ersatz eines durch Hängenbleiben in den Schienen umgekommenen Pferdes aufbürdet, sucht freilich diese Haftung aus einem Verschulden der Aktiengesellschaft herzuleiten. Es soll ein Verschulden sein, wenn man Schienen legt, obwohl man weiß, daß sie Schaden stiften können. Ermöglichen die Mittel der Technik keine bessere Einrichtung, so muß man, um frei von Schuld zu bleiben, das ganze Unternehmen

aufgeben! Doch scheint der Gerichtshof selbst diese Konstruktion nur für einen Nothbehelf zu halten, zu dem gegriffen werden muß, wenn ein entschiedener Bruch mit dem römischen Rechte nicht gewagt wird. Der richtigen Auffassung nähert er sich durch die Schlußbemerkung: „es bilden eben diese Haftpflicht und die aus derselben drohenden finanziellen Opfer einen Faktor, welcher bei derartigen mit Gefährdung fremden Eigenthums verbundenen Unternehmungen nicht außer Berechnung bleiben kann". — Den Verbandspersonen erwachsen aber auch innerhalb des ihnen eigenthümlichen gemeinheitlichen Handlungsbereiches Entschädigungspflichten aus schuldloser Schadenszufügung, bei denen der Gedanke einer deliktischen oder quasideliktischen Haftung durchaus fern zu halten ist. Hierher gehören namentlich die Fälle, in denen der Staat oder ein anderer öffentlicher Verband aus einem in rechtmäßiger Ausübung von Hoheitsrechten vollzogenen Eingriffe in Privatrechte Entschädigung zu leisten hat. Diese Entschädigungspflicht wurzelt in dem Gebote der Gerechtigkeit, daß die Gemeinschaft, wenn sie vom Individuum um des Gemeinwohles willen das Opfer eines Privatrechtes verlangt, durch Ersatz des hierdurch bewirkten besonderen Vermögensverlustes thunlichst für einen Ausgleich sorge. Das Preuß. A.L.R. hat in § 75 der Einleitung einen ausdrücklichen Rechtssatz dieses Inhalts aufgestellt; vgl. dazu Erk. des R.G. v. 8. Mai 1890 u. v. 20. Sept. 1890, E.S. XXVI Nr. 50 u. 65.

### f) Beendigung der Körperschaften.

Einige neuere Entscheidungen beziehen sich auf die Beendigungsgründe der Körperschaften. Dem Wesen der Gewerkschaft als einer Vermögensgenossenschaft entspricht die im Erk. des R.G. (V. Sen.) v. 9. Jan. 1892 (E.S. XXVIII Nr. 83 S. 362) entwickelte Ansicht, daß die Gewerkschaft jeden-

falls mit dem Wegfalle ihres ganzen Vermögens endgültig erlischt. Die richtige Auffassung, daß eine Körperschaft durch Unmöglichkeit der Zweckerreichung nicht ohne weiteres untergeht, kommt im Erk. des O.L.G. Kiel v. 9. Nov. 1888 (Seuff. XLIV Nr. 101) zur Geltung. Zuzustimmen ist auch dem Erk. des R.G. (III. Sen.) v. 25. Jan. 1889 (E.S. XXII Nr. 43), das der aus der alten Fischerzunft zu Höchst stammenden, lange Zeit nur als freie Vereinigung fortgesetzten, im Jahre 1878 durch obrigkeitlich bestätigtes Statut neu organisirten „Höchster Fischereigenossenschaft" das von der Zunft seit unvordenklicher Zeit besessene Fischereirecht im Main zuspricht, weil sie dasselbe Rechtssubjekt geblieben sei. Bedenklicher ist die im Erk. des R.G. (V. Sen.) v. 9. Juli 1890 (E.S. XXVI Nr. 64) vorgetragene Ansicht, daß auch bei der Umwandlung einer Gewerkschaft in eine Aktiengesellschaft „dasselbe Rechtssubjekt in neuem Gewande" erhalten bleiben könne. Eine solche Umwandlung muß doch wohl stets in ähnlicher Weise, wie nach dem Reichsgesetz v. 20. Apr. 1892 § 78 die Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftpflicht (vgl. Beschl. des K.G. Berlin v. 19. Sept. 1892 b. Seuff. XLVIII Nr. 127), als Auflösung und Neubildung konstruirt werden. Entschiedener Widerspruch aber ist dagegen zu erheben, wenn das Reichsgericht die Vereinigung aller Kuxe in Einer Hand nicht als Auflösungsgrund der Gewerkschaft und die Vereinigung aller Aktien in Einer Hand nicht als Auflösungsgrund der Aktiengesellschaft anerkennt. Den Fortbestand der Gewerkschaft in einem einzigen Mitgliede hat das R.G. im Erk. des I. Sen. v. 28. Nov. 1888 (E.S. XXIII Nr. 23) der gegentheiligen Annahme des O.L.G. Breslau gegenüber ausführlich zu begründen gesucht. Es beruft sich auf die in den §§ 117 ff. des Preuß. A.L.R. II, 6 für Korporationen

gegebenen Vorschriften, die auf moderne Vereinsbildungen mit Rechtspersönlichkeit zwar nicht direkt, wohl aber analog insoweit anwendbar seien, als nicht das Ergebniß des Verhältnisses der Korporation zur Staatsgewalt, sondern nur das Ergebniß des Vorhandenseins einer besonderen Verbandspersönlichkeit in Frage stehe. Dem Wesen der Gewerkschaft aber widerspreche die Anwendung des Satzes vom Fortbestande der Körperschaft in Einem Mitgliede um so weniger, als die Vereinigung der Kuxe eine äußerlich nicht hervortretende und jederzeit wieder zu beseitigende Thatsache sei. Inzwischen könne freilich keine Gewerkenversammlung stattfinden. Aber der einzige Gewerke könne wirksame Beschlüsse fassen und der Repräsentant oder Grubenvorstand die Gewerkschaft vertreten. Die Auflösung erfolge erst, wenn der Alleineigenthümer der Kuxe einen bestimmten, auf die Auflösung gerichteten Willen in äußerlich erkennbarer Weise kundgegeben habe. An diesen Anschauungen halten die Erk. des I. Sen. v. 6. Juli 1892 (E.S. XXX Nr. 57) und des IV. Sen. v. 26. Okt. 1893 (ib. XXXII Nr. 83) fest. Im Einklange hiermit bleibt auch für die Aktiengesellschaft im Erk. des IV. Sen. v. 3. Dez. 1888 (E.S. XXII Nr. 21) die bei Erzählung des Thatbestandes mitgetheilte Thatsache unbeanstandet, daß ein Einzelner unter Nachweis aller Aktien notariell erklärt hat, er fasse als alleiniger Aktionär einen das Statut abändernden „Generalversammlungsbeschluß", und daß dieser „Beschluß" ins Handelsregister eingetragen ist (S. 116). In Wahrheit widerspricht jedoch eine derartige Uebertragung des für die römische Korporation entwickelten und für die landrechtliche Korporation übernommenen Rechtssatzes dem Wesen der modernen deutschen Genossenschaft. Dieser Rechtssatz hängt allerdings mit dem Verhältniß der alten privilegirten Korporation zum Staat zusammen; er ist nur aus dem in ihr enthaltenen staatsanstaltlichen Elemente

erklärlich und nur bei dem System der staatlichen Korporationsbevormundung erträglich. Die freie Genossenschaft ist auf die Darstellung durch eine Personengesammtheit angelegt und kann nicht in eine von einer Einzelperson getragene Stiftung umschlagen. Wenn die Gesetzgebung die Bildung von Genossenschaften durch freie Vereinigung in bestimmten festen Formen und unter genau geregelten Bedingungen ermöglicht hat, so konnte sie doch hiermit nicht die Möglichkeit eröffnen wollen, durch nachträgliche Zusammenziehung der Mitgliedschaften selbständige personifizirte Fonds im Vermögen einer Einzelperson zu schaffen. Daß bei Aktiengesellschaften und Gewerkschaften in Folge der Verkörperung der Mitgliedschaften in Aktien oder Kuxen das Nichtvorhandensein eines Personenvereins eine Zeit lang verborgen und im Falle rechtzeitiger Wiederbeseitigung dieses Zustandes überhaupt wirkungslos bleiben kann, beruht auf der selbständigen rechtlichen Bedeutung der für solche Vermögensgenossenschaften hergestellten objektiven Unterlage. Die objektive Gebundenheit und Gliederung des Sondervermögens, auf das die körperschaftliche Existenz gegründet ist, besteht bis zu dessen Zerstörung fort und äußert immer noch rechtliche Wirkungen. Darum ist eine Wiederbelebung des genossenschaftlichen Daseins, das dann bloß geruht hat, möglich. Inzwischen aber ist eine lebendige Genossenschaft nicht vorhanden und somit eine rechtswirksame subjektive Lebensäußerung der Verbandsperson, ein Beschluß, eine Statutenänderung, eine Bestellung von Organen u. s. w. ausgeschlossen.

In Ansehung der Hinterlassenschaft beendigter Körperschaften hat die Rechtsprechung Gelegenheit gehabt, dem Wesen der sozialen Succession durch die Anwendung der Grundsätze der Gesammtnachfolge in Fällen des Vermögensüberganges auf eine Ersatzperson gerecht zu werden. So nimmt das Erk. des R.G. (V. Sen.) v. 9. Juli 1890

(E.S. XXVI Nr. 64) bei der Umwandlung einer Gewerkschaft in eine Aktiengesellschaft, falls sie als Untergang des bisherigen Rechtssubjekts und Schaffung eines neuen Rechtssubjektes erscheint, eine Universalsuccession an, während das O.L.G. Hamm die Succession in die Schulden vollständig verneint hatte. Ebenso das Erk. des R.G. (V. Sen.) v. 9. Jan. 1892 (E.S. XXVIII Nr. 83). Dazu vergleiche man das Erk. des O.L.G. Stuttgart v. 1. Okt. 1891 (b. Seuff. XLVII Nr. 265) über den Eintritt der Fusionsgesellschaft in die Rechte und Pflichten der fusionirten Aktiengesellschaft aus dem Dienstvertrage mit einem chemischen Direktor. Auch sei auf das Erk. des R.G. (III. Sen.) v. 24. Sept. 1886 (E. S. XVI Nr. 60) hingewiesen, wo eine zweifellose „völkerrechtliche Regel" anerkannt wird, der zufolge bei der Einverleibung eines Staates dessen Vermögen in allen aktiven und passiven Bestandtheilen auf den Staat übergeht, in dem der untergehende Staat aufgeht (S. 265).

Dem Gedanken der Nachwirkung des erloschenen Körperschaftslebens in dessen Zersetzungsstadium legt die Praxis mit Recht eine über die ihn verwirklichenden ausdrücklichen Gesetzesbestimmungen hinausreichende Tragweite bei. So werden einerseits im Erk. des R.G. (I. Sen.) v. 15. Juni 1889 E.S. XXV Nr. 41) der Begriff und die Grundsätze der „Liquidation" sowohl im Allgemeinen wie insbesondere hinsichtlich der Fortdauer der korporativen Organisation und Lebensthätigkeit ohne Weiteres auf eine erlaubte Privatgesellschaft des preußischen Rechts angewandt. Andrerseits wird nach wie vor allgemein das Nachleben der aufgelösten Körperschaft auch auf den Fall ihrer Auflösung durch Konkurseröffnung erstreckt und somit während des Konkurses ihre Organisation behufs Wahrnehmung der Rechte und Pflichten eines Gemeinschuldners aufrecht erhalten. Man ist daher einig, daß im Konkurse

einer Aktiengesellschaft deren bisherigen Organe insoweit in Wirksamkeit bleiben, als sich dies mit dem Wesen des Konkursverfahrens verträgt; vgl. Beschl. des O.L.G. Hamburg v. 19. Okt. 1887 u. des O.L.G. Dresden v. 28. Dez. 1887 b. Seuff. XLIII Nr. 201. Streit waltet nur über das Verhältniß dieser Organe zum Konkursverwalter. In dieser Hinsicht kehrt der in meiner Genossenschaftstheorie S. 903 Anm. 1 angegriffene Standpunkt, den das R.G. im Erk. des I. Sen. v. 21. Jan. 1885 (E.S. XIV Nr. 116) eingenommen hat, im Erk. desselben Sen. v. 28. Sept. 1885 (E.S. XVI Nr. 78) wieder.

---

## 3. Eheliches Güterrecht.

Besprochen von Geh. Hofrath Prof. Dr. **Schröder** in Heidelberg.

a) Die Zwangsvollstreckung in das Ehegut der Frau bei ehelicher Verwaltungsgemeinschaft setzt einen gegen beide Ehegatten ausgewirkten vollstreckbaren Titel voraus. Der Eintragungszwang des preußischen Eigenthums-Erwerb-Gesetzes von 1872 erstreckt sich nicht auf die den Grundbesitz der Ehefrau betreffenden Verwaltungs- und Nutzungsrechte des Mannes. (R.G.E. XXXII Nr. 72).

Die Ehefrau des Zimmermeisters F. in Berlin hatte auf einem ihr gehörigen und allein auf ihren Namen eingetragenen Grundstücke mit Zustimmung ihres Ehemannes einen Bau aufführen lassen. Den Vertrag über die dazu erforderlichen Lieferungen hatte der letztere in ihrem Namen mit dem Baulieferanten K. abgeschlossen. Nachdem K. wegen seiner daraus

entstandenen Forderung gegen die Ehefrau F., ohne Zuziehung ihres Ehemannes, geklagt und ein rechtskräftiges Urtheil gegen die Beklagte erlangt hatte, ließ er den Gesamtbetrag seiner Forderung auf dem Grundstücke der Beklagten vormerken und erwirkte gleichzeitig die Beschlagnahme und Ueberweisung der aus jenem Grundstücke fließenden Miethzinsen zu seiner Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung. Der Ehemann der Beklagten focht diese Verfügung auf Grund seines durch das märkische Recht begründeten Nießbrauchrechtes an dem Ehegute an und klagte gegen K. auf Aufhebung der Pfändung. Während das Landgericht Berlin in Gemäßheit der Klage erkannte, machte das Kammergericht die Aufrechterhaltung der Beschlagnahme von einem Eide abhängig, den der Kläger dahin leisten sollte, daß er mit seiner Ehefrau weder vor der Ehe gerichtlich oder notariell, noch nach der Eheschließung gerichtlich vereinbart habe, daß er auf den Nießbrauch an dem Grundstücke verzichte oder dasselbe zu Vorbehaltgut bestimme.

Der von dem Beklagten eingelegten Revision hat das R.G. nur durch eine Abänderung der Eidesnorm stattgegeben, im übrigen aber das zweitinstanzliche Urtheil durchaus bestätigt. Die allen großjährigen Hauskindern und Ehefrauen durch C.P.O. § 51, 2 eingeräumte Prozeßfähigkeit hat, wie schon die Begründung zu dem Entwurfe der C.P.O. ausführt, keineswegs die Bedeutung, daß aus Urtheilen, welche ohne Zuziehung des Vaters oder Ehemannes erlassen sind, zum Nachtheile der letzteren eine Zwangsvollstreckung in das unter ihrer Verwaltung und Nutzung befindliche, der Verfügung der Beklagten entzogene Vermögen stattfinden könnte. Soweit die prozeßführende Ehefrau kein vorbehaltenes Gut besitzt, kann ihre einseitige Verurtheilung nur eine zukünftige Zwangsvollstreckung nach Auflösung der Ehe oder nach Freigebung des Ehegutes durch den Ehemann, zur

Zeit aber höchstens eine Vormerkung im Grundbuche rechtfertigen. Selbst wo, wie in dem vorliegenden Prozesse, der Ehemann materiell wegen seiner Zustimmung verpflichtet ist, die Schuld auch für sich anzuerkennen (A.L.R. II, 1 §§ 329 ff.), muß Klage und Verurtheilung gegen ihn mitgerichtet sein, widrigenfalls die Zwangsvollstreckung gegen ihn ausgeschlossen ist und die zu seinem Nachtheile gegen seine Ehefrau verfügte Zwangsvollstreckung von ihm angefochten werden kann (C.P.O. §§ 671, 690, vgl. R.G.E. X Nr. 78).

Es entsteht nun aber die Frage, ob die Nießbrauchrechte des Ehemannes auch gegenüber dem § 12 des preußischen Eigenthums-Erwerb-Gesetzes vom 5. Mai 1872 aufrecht erhalten bleiben können, da es sich in dem vorliegenden Falle um ein auf den Namen der Frau eingetragenes Grundstück handelt und der dem Kläger an demselben zustehende eheherrliche Nießbrauch nicht eingetragen ist. Mit Recht hat sich das R.G., in Uebereinstimmung mit Achilles und im Gegensatze zu Eccius u. a. m., gegen die Anwendbarkeit des Eintragungszwanges auf das in der ehelichen Verwaltungsgemeinschaft begründete Nutzungs- und Verwaltungsrecht des Ehemannes, wie es auch in dem märkischen Rechte besteht, entschieden, da dasselbe weit über den Begriff eines bloßen dinglichen Nießbrauchrechtes hinausgeht und eine unmittelbare und vollständige Verfügungsbeschränkung der Ehefrau begründet (vgl. A.L.R. II, 1 § 320). Es kann daher auch nicht darauf ankommen, ob die mit einer Ehefrau kontrahirende Partei diese ihre Eigenschaft und ihre gesetzlich daraus entspringende Handlungsunfähigkeit gekannt hat oder nicht, da jeder Vertragschließende die Pflicht hat, sich nach der Handlungsfähigkeit seines Kontrahenten zu erkundigen (A.L.R. I, 5 §§ 31 f.). Der dem redlichen Erwerber durch § 11 des Eigenthums-Erwerb-

Gesetzes gewährte Schutz beginnt erst bei dem Besitzer dritter Hand.

Aus den angeführten Gründen würde sich unbedingt die Nichtberechtigung der von dem Beklagten ausgewirkten Zwangsvollstreckung ergeben, wenn nicht die Möglichkeit vorläge, daß der Kläger seiner Ehefrau gegenüber auf seine der Zwangsvollstreckung entgegenstehenden Rechte verzichtet haben könnte. Dazu würde es aber nicht der Errichtung eines vorbehaltenen Gutes bedürfen, wie das Kammergericht, indem es den dem Kläger aufzuerlegenden Eid nach Maßgabe des A.L.R. II, 1 § 209 normirte, angenommen hat, vielmehr genügt der Verzicht des Ehemannes auf Nießbrauch und Verwaltung, wofür die einfache schriftliche Form ausreicht.

b) Schenkungen unter Ehegatten nach gemeinem Rechte (R.G.E. XXXIII Nr. 35).

Eine Witwe forderte von der Erbin ihres verstorbenen Mannes ein Kapital zurück, welches dieser mit Zustimmung der Klägerin aus ihrem Vermögen zum Anbau einer Veranda und eines Weinkellers in seinem Hause verwendet hatte. Die Beklagte behauptete, daß der Verstorbene den Bau nur auf den Wunsch seiner Ehefrau, und nachdem diese sich zur Uebernahme der Kosten bereit erklärt hatte, bewerkstelligt habe. Klägerin hat eingeräumt, daß der Bau auf ihren Wunsch erfolgt ist, will aber das Geld zu den Baukosten nur einstweilen vorgeschossen haben; sollte angenommen werden, daß sie die Kosten auf ihr Vermögen übernommen habe, so läge eine ungiltige Schenkung unter Ehegatten vor, die sie zur Zurückforderung des Gegebenen berechtigen würde. Die Entscheidung des R.G. billigt der Klägerin für den Fall, daß eine Schenkung vorliegen sollte, nicht das ganze von ihr aufgewendete Kapital zu, sondern nur den Betrag, um welchen das Grund-

stück ihres Ehemannes durch den Anbau eine wirkliche Werth-erhöhung erfahren hat. Die Annahme einer Schenkung sei aber zurückzuweisen, wenn festgestellt werden sollte, daß der Verstorbene zur Ausführung des Anbaues nur durch die Erklärung seiner Ehefrau, die Kosten übernehmen zu wollen, bewogen worden sei. In diesem Falle würde keine Schenkung, sondern ein lästiger Vertrag vorliegen, bei welchem die Leistung der Ehefrau nur als Gegenleistung für die auf ihren Wunsch und in ihrem Interesse ausgeführten Bauten ihres Ehemannes, auch wenn diese zugleich eine Wertherhöhung seines Grundstückes herbeiführen mochten, angesehen werden könne.

c) Widerruf einer gemeinschaftlichen Schenkung von Ehegatten durch den überlebenden Theil und die Kinder, unter der Herrschaft der allgemeinen Gütergemeinschaft des preußischen allgem. Landrechts (R.G.E. XXXIII Nr. 56).

Der Ausgedinger M. im Landgerichtsbezirk Posen, der mit seiner Frau in allgemeiner Gütergemeinschaft nach A.L.R. II, 1 §§ 360 ff. lebte, hatte gemeinschaftlich mit ihr der einen Tochter, Ehefrau T., Pfandbriefe der Posener Landschaft im Nennwerthe von 21 000 M. geschenkt und übergeben. Die Schenkung war zwar nicht, wie A.L.R. I, 11 § 1063 vorschreibt, gerichtlich abgeschlossen, aber durch die erfolgte Uebergabe vollwirksam geworden (§ 1065 l. c.), wenn auch nur unter dem gesetzlichen Vorbehalte des Widerrufes binnen 6 Monaten nach der Uebergabe (§ 1090 l. c.). Nachdem der Ausgedinger M. bald nach der Schenkung verstorben war, erklärte seine Tochter G. noch vor Ablauf der sechsmonatlichen Frist, daß sie die ihrer Schwester seitens der Eltern zu Theil gewordene Schenkung widerrufe, und klagte darauf gegen Mutter und Schwester auf Feststellung der gütergemeinschaftlichen Masse unter Ein-

rechnung der verschenkten Werthpapiere. Das Reichsgericht hat die Klage abgewiesen, da die durch reichsgerichtliche Entscheidungen wiederholt bejahte Vererblichkeit des Widerrufsrechtes bei außergerichtlichen Schenkungen (R.G.E. XII, 289 f. XV, 227) in dem vorliegenden Falle nicht in Betracht kommt, das Widerrufsrecht hier vielmehr als ein Bestandtheil des gemeinschaftlichen Vermögens angesehen werden muß, welches bis zur Theilung den Grundsätzen des Miteigenthums (A.L.R. II, 1 §§ 634, 653 ff.) und daher nur gemeinschaftlichen Verfügungen der Miteigenthümer unterliegt (a. a. O. I, 17 § 10). Der Widerruf konnte daher in dem vorliegenden Falle nicht einseitig von der benachtheiligten Tochter, sondern nur von dieser in Gemeinschaft mit der Mutter ausgehen. Das Recht der Mutter war hier, wie wir den durchaus zu billigenden Erwägungen des Reichsgerichtes hinzufügen möchten, um so weniger zu umgehen, als das gemeinschaftliche Vermögen nicht unter gemeinschaftlicher Verwaltung (a. a. O. I, 17 § 36) stand, sondern der Mutter allein der Besitz und die Verwaltung desselben zustand (a. a. O. II, 1 § 656).

d) Auf den Namen beider Ehegatten eingetragene Kapitalien unter dem Systeme der ehelichen Verwaltungsgemeinschaft nach dem preußischen allg. Landrecht (R.G.E. XXXIII Nr. 76).

In einem dem Breslauer Landgerichtsbezirke angehörenden Falle hat das R.G. entschieden, daß bei Ehegatten, die in getrennten Gütern (Verwaltungsgemeinschaft) nach A.L.R. II, 1 §§ 205 ff. gelebt haben, im Falle der Auflösung der Ehe durch Tod oder Scheidung die Bestimmungen der §§ 557, 558 l. c. über die auf den Namen beider Ehegatten gemeinschaftlich eingetragenen Kapitalien nicht die Bedeutung einer rechtlichen Fiktion, sondern nur die einer rechtlichen Vermuthung haben,

was insbesondere auch durch A.L.R. I 17, § 2 bestätigt wird. Wenn also die eine Seite behauptet, daß das Verhältniß im einzelnen Falle ein anderes sei, so muß sie zum Beweise zugelassen werden.

e) Schenkungen unter zukünftigen Ehegatten zu Gunsten der Ehe werden durch die nachfolgende Erzeugung von Kindern nicht widerrufen.
(R.G.E. XXXIII Nr. 83).

Nach Code civil 960 werden Schenkungen von Personen, die zur Zeit der Schenkung weder Kinder noch überhaupt Abkömmlinge besaßen, durch die nachfolgende Geburt eines ehelichen Kindes des Schenkers oder die Legitimation eines außerehelichen Kindes desselben durch nachfolgende Ehe gebrochen. Dies gilt selbst von Schenkungen zu Gunsten einer Ehe, aber nicht von derartigen Schenkungen unter Ehegatten. Die Beschränkung dieser Ausnahme auf Schenkungen in Eheverträgen wird von dem R.G., in Uebereinstimmung mit der französischen Praxis, entgegen der Ansicht von Zachariä, zurückgewiesen. Es ist nur eine thatsächliche Frage, ob eine Schenkung unter zukünftigen Ehegatten im einzelnen Falle als zu Gunsten der Ehe gemacht anzusehen ist; unter dieser Voraussetzung bleibt sie, auch wenn sie nicht in den Heirathsvertrag aufgenommen ist, auch nach der Geburt von Kindern zu Recht bestehen, weil der Gesetzgeber mit Recht annimmt, daß die zukünftigen Ehegatten bei derartigen Zuwendungen gerade von dem Gedanken ausgehen, daß sie Kinder mit einander erzeugen werden.

---

## 4. Lehnrecht und Recht der Haus- und Stammgüter.

Besprochen von **Otto Gierke.**

### a) Lehnrecht.

Auf dem Gebiete des Lehnrechts hat sich das Reichsgericht mehrfach mit dem gemeinrechtlichen Veräußerungsverbot zu beschäftigen gehabt. Es geht davon aus, daß die Veräußerung den Veräußerer selbst und seine Nachkommenschaft bindet, dagegen weder dem Lehnsherrn noch den Agnaten, falls sie nicht eingewilligt haben, zu präjudiziren vermag. Dem Lehnsherrn wird im Falle unbewilligter Veräußerung sofort die Revokatorienklage gewährt, wie ihm überhaupt die Befugniß zugestanden wird, schon vor dem Heimfalle auf Grund seines Eigenthums gegen jeden Besitzer, der nicht Vasall ist, auf Herausgabe des Lehns zu klagen; Erk. des III. Sen. v. 16. Sept. 1890, E.S. XXVI Nr. 36 S. 199. Den Agnaten dagegen wird die Revokatorienklage erst im Falle ihrer Succession in das Lehn gegeben, weshalb auch die dreißigjährige Verjährung, der diese Klage unterliegt, für jeden Lehnsanwärter erst mit dem Anfalle des Lehns zu laufen beginnt; Erk. des III. Sen. v. 1. Febr. 1887, E.S. XVII Nr. 33 S. 137. In Uebereinstimmung mit der herrschenden Meinung nimmt das Reichsgericht an, daß unter das gemeinrechtliche Veräußerungsverbot auch die Einräumung von Erbpacht- oder Kolonatrechten an dem Lehngut oder Theilen desselben fällt; a. a. O. S. 134 ff. Auch bei einer Verpfändung des Lehns wahrt es dem Lehnsherrn und den Agnaten ihre Revokationsansprüche, ertheilt jedoch, da diese Ansprüche erst mit der durch den Pfandverkauf bewirkten Veräußerung in Kraft treten, den Pfandgläubigern während der Besitzzeit des Vasallen und seiner Nachkommen nicht bloß das Recht, sich aus den Lehnsfrüchten zu befriedigen, sondern auch

das Recht, die Zwangsversteigerung des Lehens selbst zu betreiben; Erk. des III. Sen. v. 12. Apr. 1890, E.S. XXV Nr. 38.

Geschwankt hat das Reichsgericht in der Frage der Zulässigkeit einer Ersitzung am Lehn. Die für das Gebiet des preußischen Landrechts ergangenen Erk. des II. Hilfssen. v. 20. März 1880 (E.S. II Nr. 62) und 28. Nov. 1881 (ib. VI Nr. 76) verneinten im Anschluß an die überwiegend vom früheren Obertribunal durchgeführte Ansicht die Wirksamkeit einer Eigenthums- oder Servitutenersitzung am Lehen wider die nicht besitzenden Agnaten, weil hierbei im Wesentlichen dieselben Rechtsgrundsätze, wie bei vertragsmäßigen Veräußerungen oder Belastungen, anzuwenden sein. Dagegen ist im Erk. des V. Sen. v. 16. Mai 1888 (E.S. XXI Nr. 56), nachdem derselbe Senat inzwischen in dem unten zu besprechenden Erk. v. 7. Mai 1887 für Familienfideikommisse eine andere Ansicht durchgeführt hatte, wegen der Gleichartigkeit der beim Lehen obwaltenden Verhältnisse auch an Lehen eine allseitig bindende außerordentliche Servitutenersitzung als nach preußischem Rechte möglich anerkannt worden. Für das gemeine Recht wird im Erk. des III. Sen. v. 1. Febr. 1887 (E.S. XVII Nr. 33 S. 137—140) sogar nicht blos die außerordentliche, sondern unter Umständen auch die ordentliche Ersitzung von Eigenthum oder Erbpachtrecht an Lehensgrundstücken mit der Wirkung zugelassen, die noch nicht verjährte Revokatorienklage der Agnaten und selbst die an sich unverjährbare Revokatorienklage des Lehnsherrn auszuschließen. Da eine möglichst ausgedehnte Zulassung der Ersitzung durchaus dem praktischen Bedürfniß entspricht, wird man etwaige theoretische Bedenken gegen diese Lösung der vielerörterten Streitfrage gern unterdrücken.

Der Lehnfolgefähigkeit hat das Reichsgericht im

Erk. des I. Sen. v. 13. Dez. 1884 (E.S. XII Nr. 60) kraft eines gemeinen Gewohnheitsrechtes auch Mantelkindern zuerkannt; die gegentheilige Bestimmung von II F. 26 § 11 sei nicht rezipirt, weil sie durch das kanonische Recht (c. 6 X qui filii sunt legitimi IV, 17) abgeändert und dies durch allgemeines deutsches Gewohnheitsrecht ins bürgerliche Recht übernommen, auch durch die Praxis der Reichsgerichte und die überwiegende Doktrin befestigt sei. Ein die Mantelkinder ausschließendes partikuläres Gewohnheitsrecht bleibt vorbehalten. Für Mecklenburg ist es vom Oberlandesgericht Rostock verneint worden (ib. XIV S. 227).

Als gemeinrechtliche Lehnsfolgeordnung betrachtet das Reichsgericht, wie gelegentliche Aeußerungen in den Gründen der Erk. des I. Sen. v. 2. Juli 1881 (E.S. V Nr. 38 S. 148—149) u. v. 21. Okt. 1885 (ib. XIV Nr. 56 S. 229) ergeben, mit Recht die Linealgradualordnung. In dem letztgedachten Erkenntniß ist jedoch angenommen, daß in ein Lehen, bei dem durch landes- und lehnsherrlich bestätigte Dispositio paterna des ersten Erwerbers anstatt der gesetzlichen Lehnsfolgeordnung die Primogeniturordnung eingeführt war, vielmehr nach reiner Linealordnung succedirt werde. Hiergegen ist Widerspruch zu erheben. Wohl wird man mit dem Reichsgericht den Verzicht eines Lehnsfolgers zu Gunsten eines anderen Lehnsfolgers im Zweifel nicht auf den Fall beziehen dürfen, daß Letzterer ohne lehnsfähige Nachkommenschaft verstirbt (S. 228—229). Allein wenn in Folge eines solchen Verzichtes eine jüngere Linie in den Besitz des Lehens gelangt ist, wird bei deren Aussterben der Grundsatz, daß die Folgeordnung sich nach der Nähe der Verwandtschaft mit dem letzten Besitzer richtet, noch nicht durch die in der lex investiturae festgesetzte Geltung des Erstgeburtsrechts gebrochen. Vielmehr muß, falls nicht etwas anderes bestimmt ist, das Lehen nun-

mehr an den Erstgeborenen aus der dem letzten Besitzer nächsten Linie fallen, mag diese auch jünger als die Linie des Verzichtenden sein. Das Reichsgericht beruft statt der nächsten Linie vielmehr die älteste Linie nach dem ersten Erwerber, weil die Succession unmittelbar aus dem Willen des Stifters erfolge und dieser Wille schlechthin auf den Vorzug der älteren Linie gehe (S. 239—231). Diese Entscheidung wird jedoch auch dadurch, daß die Einführung der Vererbung des Lehens nach dem Rechte der Erstgeburt zugleich als Fideikommißstiftung bezeichnet war, keineswegs gerechtfertigt. Denn auch bei der Fideikommißstiftung besagt der Grundsatz der successio ex pacto et providentia majorum nur, daß das Folgerecht jedes Anwärters unmittelbar aus dem Willen des Stifters fließt, nicht aber, daß die Folgeordnung sich nach der Nähe zum Stifter richte. Wenn der Streit zwischen der Erbtochter und der Regredienterbin im Zweifel auch bei Lehen und Fideikommissen zu Gunsten der Erbtochter entschieden werden muß, so beruht dies eben darauf, daß nach der gesetzlichen Regel die Nähe zum letzten Besitzer bevorzugt. In diesem Punkte besteht zwischen Mannesstamm und Weiberstamm nicht, wie das Reichsgericht meint (S. 231), ein Unterschied. Die gesetzliche Regel kann freilich durch die lex investiturae oder die Anordnung des Stifters abgeändert werden. Das Reichsgericht greift aber fehl, wenn es ohne Weiteres eine solche Abänderung in der einfachen Anordnung der Vererbung „nach dem Rechte der Erstgeburt" findet. Abweichungen von der gesetzlichen Regel sind nicht als gewollt zu vermuthen. Der wesentliche Zweck der Einführung des Erstgeburtsrechtes bei einem Lehen besteht in dem Ausschluß des Anfalles an mehrere gesetzliche Lehnerben. Er wird auch erreicht, wenn es bei der gesetzlichen Regel bleibt, daß vor Allem die dem letzten Besitzer nächste Linie berufen wird und erst innerhalb dieser Linie Erstgeburtsrecht entscheidet.

Grundsätzlich wichtige Reichsgerichtsentscheidungen sind

über die gemeinrechtlich durch II F. 45 den Nachkommen des letzten Besitzers zugewiesene Sonderstellung ergangen. Das O.L.G. Kassel hatte die Klage des Sohnes des letzten Lehnsbesitzers auf Herausgabe des Lehns, obwohl er gemuthet und vom Lehnsherrn die Lehnserneuerung erlangt hatte, deshalb abgewiesen, weil er die Voraussetzung seines Lehnserwerbes, den Erwerb der Allodialerbschaft, nicht dargethan habe. Demgegenüber führt das R.G. im Erk. des III. Sen. v. 4. Okt. 1887 (E.S. XIX Nr. 43) richtig aus, die Succession in die Allodialerbschaft sei nicht Voraussetzung, sondern Folge der Succession in das Lehn. Nach II F. 45 sei der Sohn verpflichtet, wenn er das Lehn erwerbe, auch Allodialerbe zu werden. Darum dürfe er freilich das Lehn nicht mehr fordern, wenn er die Allodialerbschaft ausgeschlagen habe. Dies müsse aber ihm gegenüber behauptet und bewiesen werden. Komme er gar nicht in die Lage, die Allodialerbschaft auszuschlagen, weil diese ihm überhaupt nicht deferirt werde, so werde er durch den Umstand, daß er nicht Allodialerbe werde, nicht gehindert, in das Lehen zu succedieren. Folgeweise könne z. B. der vom Vater enterbte Sohn das Lehn erwerben, ohne Allodialerbe zu werden. Auf der gleichen Auffassung von II F. 45 beruht das Erk. des III. Sen. v. 16. Sept. 1890 (E.S. XXVI Nr. 36). Hier wird die Haftung der Descendenten für Allodialschulden des Vasallen zutreffend als bloße Folge der Universalsuccession behandelt, zu der sie, wenn sie das Lehn erwerben wollen, im Falle gleichzeitiger Berufung in die Allodialerbschaft des letzten Besitzers verpflichtet sind. Demgemäß werden zwar die Nachkommen des letzten Besitzers auch für die Allodialschulden eines Vorbesitzers, der ihr fernerer Ascendent ist, haftbar gemacht. Dagegen wird die Haftung von Lehnsfolgern für die Allodialschulden eines Vorbesitzers, dessen Nachkommen sie sind, dann verneint, wenn sie

dem letzten Besitzer als Seitenverwandte succediren und weder unmittelbar noch mittelbar Allodialerben jenes Vorbesitzers geworden sind. Denn die in früherer Zeit an sie erfolgte Delation der Allodialerbschaft komme jetzt nicht mehr in Betracht, vielmehr seien sie nun lediglich als Agnaten vermöge der Investitur des ersten Erwerbers zur Lehnsfolge berufen. Im Gegensatze zum O.L.G. Celle entscheidet daher das Reichsgericht, daß bei einem Weiberlehn für die Schulden eines in Konkurs verfallenen Vorbesitzers, nachdem dessen Sohn und Erbe für todt erklärt worden ist, die diesem succedirenden Descendenten seiner Schwestern, die weder seine noch des Vorbesitzers Allodialerben geworden sind, auch nicht mit den Früchten des Lehens haften. Eine solche Haftung werde auch nicht durch eine Generalhypothek begründet, da diese nach II F. 26 § 19 die Lehnsfrüchte nur insoweit ergreife, als sie Allodialvermögen geworden seien. Ein anderes Verhältniß besteht, wie das Erk. des I. Sen. v. 20. Dez. 1893 (E.S. XXXII Nr. 67) ausführt, nach preußischem Lehnrecht, indem die gemeinrechtlichen Grundsätze hier durch §§ 274 ff. A.L.R. I, 18 dahin fortentwickelt sind, daß der Sohn nicht erst auf dem Umwege aufgedrungener Universalsuccession haftbar wird, sondern die Allodialerbschaft ausschlagen und das Lehen annehmen kann, dann aber mit den Lehnseinkünften für die väterlichen Allodialschulden haftet. Diese Haftung trifft ihn nach der Annahme des Reichsgerichtes, da er gleich einem Inventarerben zu zahlen schuldig sei, auch mit den schon gezogenen Früchten, soweit diese nicht zur Bezahlung anderer Schulden verbraucht sind. Doch konkurrire er mit eignen Forderungen an den väterlichen Nachlaß in Aufrechnung der gezogenen und noch zu ziehenden Früchte. Auch habe er Anspruch auf die Lehnskompetenz. Einwendungen gegen Forderungen, die dem Vater gegenüber festgestellt sind, könne er nicht mehr machen.

Bei der Lehnssonderung erkennt das Erk. des V. Sen. v. 3. Mai/25. Juni 1890 (b. Seuff. XLVI Nr. 106) im Gebiete des sächsischen Lehnrechts (hier in der preußischen Provinz Sachsen) den in Sachsensp. Landr. II Art. 21 und Sächs. Konst. v. 1572 Const. 31 ausgesprochenen Rechtssatz als fortgeltend an, daß der Vasall oder sein Allodialerbe gegen den Lehnsfolger keinen Anspruch auf Wegnahme der von ihm errichteten Gebäude oder auf Ersatz des Aufgewandten hat. Es erklärt aber diesen Lehnrechtssatz mit Recht für unanwendbar, wenn ein nicht nach Lehnrecht, sondern nach Landrecht berechtigter Nießbraucher nach Beendigung seines Nießbrauches Ersatz wegen errichteter Gebäude fordere. Einen solchen landrechtlichen Nießbrauch nimmt es in einem Falle, in dem der verstorbene Lehnsbesitzer seiner Witwe den Nießbrauch des Lehns während der Unmündigkeit seines Sohnes vermacht hatte, als rechtswirksam begründet an, da der Vasall über die Früchte des Lehens für die eigne und seiner Allodialerben Besitzzeit verfügen könne. Es spricht daher der Witwe, nachdem ihr Nießbrauch durch vorzeitigen Tod des Sohnes beendigt und das Lehn an entfernte Verwandte gefallen ist, wegen der Aufwendungen, die sie aus eignen Mitteln für sich und nicht als Vertreterin ihres Sohnes gemacht hat, einen Ersatzanspruch nach Maßgabe der landrechtlichen Regeln über die Auseinandersetzung zwischen Nießbraucher und Eigenthümer zu.

Die Umwandlung eines Lehens in ein Familienfideikommiß auf Grund der preußischen Gesetze über Aufhebung des Lehnsverbandes behandelt das Erk. des I. Sen. v. 15. Dez. 1888 (E.S. XXII Nr. 67) nicht als Neuerrichtung eines Familienfideikommisses, so daß das Lehen zuvor Allod würde, sondern als Fortsetzung der bisherigen Gebundenheit in anderer Form (S. 359). Es gewährt daher den Gläubigern des Lehnsbesitzers weder ein Anfechtungsrecht, noch, wie dies

nach preußischem Rechte im Falle der ersten Errichtung eines Familienfideikommisses einträte, ein Anrecht auf die Substanz des ihnen bisher mit seiner Substanz nicht haftenden Lehens. Dafür aber läßt es das Recht der Gläubiger fortbestehen, subsidiär von den in das Lehn succedirenden Nachkommen des Schuldners Befriedigung aus den Früchten des Lehns zu fordern, so daß die Schuld als Revenüenschuld so lange auf dem nunmehrigen Familienfideikommiß haften bleibt, als Descendenten des Schuldners das Gut besitzen. Wiederum also ein Stück Lehnrechts, das die Auflösung des Lehnsverbandes möglicher Weise lange überlebt!

b) Hausgüter des hohen Adels.

In seinen Entscheidungen über Hausgüter des hohen Adels geht das Reichsgericht von dem richtigen Gesichtspunkte eines Hausvermögens aus, dessen Gebundenheit auf autonomischer Satzung beruht und daher, wenngleich mancherlei Berührungen mit dem Rechte der Familienfideikommisse stattfinden, doch grundsätzlich nicht nach den Regeln einer Fideikommißstiftung, sondern nach den Normen des Hausrechtes und den ergänzenden Normen des gemeinen Privatfürstenrechts zu beurtheilen ist. Hiermit ist eine derartige Verkennung des Wesens der Hausgüter ausgeschlossen, wie sie uns z. B. im Erk. des O.L.G. Stuttgart v. 27. März 1885 (b. Seuff. XLI Nr. 118) begegnet, nach dem sich das Rechtsverhältniß an einer Standesherrschaft in einem Eigenthum des Standesherrn und dinglichen Rechten der Agnaten erschöpft und deshalb die vom Standesherrn gegen einen Agnaten erhobene Klage auf Nichtentsendung eines bestimmten Bevollmächtigten in einen hausgesetzlich zur Ueberwachung der Gutsverwaltung berufenen Familienrath sich als actio negatoria darstellt.

Das Reichsgericht hat bereits in dem über die Succession

in die Grafschaft Holzappel ergangenen Erk. des III. Sen. v. 19. Apr. 1887 (E.S. XVIII Nr. 42), obschon es hier der ausdrücklichen Anerkennung des Hausgutes als Eigenthum des körperschaftlich organisirten hochadligen Hauses ausweicht (S. 202), doch den Unterschied hausgesetzlicher Anordnungen über das Stammgut von der „Stiftungsurkunde eines gewöhnlichen Familienfideikommisses" scharf betont. Insbesondere weist es darauf hin, daß ursprünglich das Hausgesetz mit den rechtlichen Schicksalen des Familienvermögens zugleich die der Landeshoheit regelte und daher nicht bloß auf die Erhaltung des Glanzes der Familie, sondern auch auf die Sicherung des Bestandes des Landes abzielte. Diese staatsrechtliche Seite der Hausgesetzgebung sei bei deren Auslegung auch dann zu beachten, wenn es sich um ein so kleines Ländchen wie die Grafschaft Holzappel, die nur einen Reiter und einen Fußsoldaten zum Reichsheer stellte, handle. Das Reichsgericht gelangt auf Grund dieser Auffassung zunächst zu der Schlußfolgerung, daß mit der zuerst 1690 angeordneten und später festgehaltenen Vererbung nach der Primogeniturordnung auch die Unveräußerlichkeit und Untheilbarkeit der Grafschaft eingeführt sei (S. 202—209). Weiter aber deutet es die hausgesetzliche Anordnung einer beim Erlöschen des Mannsstammes eintretenden kognatischen Succession als eine Berufung in das Hausgut als solches, da mit Rücksicht auf den nur so erreichbaren Zweck der Erhaltung des Landes eine derartige Auslegung des Hausgesetzes um so mehr angezeigt sei, als schon beim gewöhnlichen Familienfideikommiß die eventuelle Berufung von Kognaten im Zweifel nicht als einfache fideikommissarische Substitution, sondern als Berufung in das Fideikommiß als solches zu verstehen sei (S. 209—211). Nach der Annahme des Reichsgerichts hat daher die älteste Tochter des Letzten vom Mannsstamme die Grafschaft nicht als freies

Eigenthum, sondern als hausrechtlich gebundenes Stammgut erworben (S. 212). Die demgemäß fortbestehenden anwartschaftlichen Rechte der jüngeren Schwestern und ihrer Nachkommen seien auch keineswegs durch die hausgesetzlich zu zahlenden Abfindungen zerstört, da in diesen nur Entschädigungen für die Ausschließung vom einzelnen Successionsfalle zu erblicken seien (S. 212—113). Das Reichsgericht erklärt somit die von dem Sohne der ältesten Tochter über das ihm angefallene Gut getroffene testamentarische Verfügung für nichtig und eröffnet die hausgesetzliche Succession, kraft deren die nächste Linie, in der successionsfähige Kognaten vorhanden sind, berufen wird (S. 213—217). Innerhalb dieser Linie giebt es in Uebereinstimmung mit dem agnatischen Prinzip des deutschen Privatfürstenrechtes dem jüngeren Bruder vor den älteren Schwestern den Vorzug.

Grundsätzlich spricht sich das Reichsgericht im Erk. des IV. Sen. v. 20. Sept. 1888 (E.S. XXII Nr. 51) für die Natur des Hausvermögens als Familieneigenthum aus, indem es gegenüber dem Kammergericht Berlin als Satz des deutschen Privatfürstenrechts feststellt, daß über die Substanz der Güter und Rechte der Familie nicht einseitig deren Haupt, sondern nur der das Haus als „Gesammtperson" repräsentirende jeweilige ebenbürtige Mannsstamm verfügen kann (S. 249 bis 251).

Im Erk. des III. Sen. v. 27. Sept. 1889 (E.S. XXIV Nr. 38) erklärt das Reichsgericht die Belastung von Kammergut mit einer ewigen Rente ohne den hausgesetzlich erforderlichen Konsens der Agnaten für nichtig, wenn auch die Zustimmung der Landstände erfolgt oder bei dem Mangel landständischer Einrichtungen nicht nothwendig war. Diese Nichtigkeit könne jeder Regierungsnachfolger und nach Verwandlung des Kammerguts in Staatsvermögen auch der Fiskus geltend machen.

Die außerordentliche Ersitzung einer Reallastberechtigung auf eine solche Rente sei möglich, fordere aber den Ablauf von 40 Jahren und müsse, da jeder Nachfolger in die Regierung ein selbständiges Recht auf Geltendmachung jenes Nichtigkeitsgrundes habe, bei dem Eintritte eines Successionsfalles vor dem Ablaufe dieser Frist neu begonnen werden.

Auch in dem Erk. des III. Sen. v. 4. Februar 1890 (E.S. XXVI Nr. 26 S. 135—163) über das unter den Leiningschen Linien streitige nähere Anrecht an einer zur Entschädigung für ehemaligen linksrheinischen Territorialbesitz bestellten ewigen Geldrente führt das Reichsgericht die Auffassung des Hausgutes als „Familieneigenthum" (S. 137) durch. Die von dem Haupte der bayrischen Linie Neu-Leiningen nach dem Aussterben des nassauischen Zweiges Neu-Leiningen gegen die im „Quasibesitze" der Rente befindliche Linie Alt-Leiningen erhobene Klage auf Feststellung seines näheren Anrechts kennzeichnet das Reichsgericht als eine „Revokatorienklage im Gewande einer Feststellungsklage", woran weder die Eigenschaft der Beklagten als eventueller Anwärter noch die Beschränkung des Streites auf das bessere Recht etwas ändere (S. 143). In eingehender geschichtlicher Begründung legt das Reichsgericht dar, daß das streitige Rentenbezugsrecht als solches ein Bestandtheil des Hausgutes geworden und geblieben und somit der hausgesetzlichen Gebundenheit und den agnatischen Anwartschaftsrechten unterworfen ist (S. 144—149). Es nimmt aber zu Gunsten der beklagten Linie eine rechtswirksame Abänderung der ursprünglichen Successionsrechte in die Rente an. Grundsätzlich wichtig ist der in diesem Zusammenhange erbrachte Nachweis, daß durch eine mit Einwilligung aller lebenden verfügungsfähigen Agnaten vom Haupte des Hauses erlassene Anordnung die geltende Successionsordnung für Hausvermögen abgeändert werden kann (S. 161—163). Das

Reichsgericht erblickt hierin eine Anwendung des dem hochadligen Hause zustehenden Rechtes der Autonomie. Nur gegen verbietende Gesetze und die Rechte Dritter dürfe eine neue Satzung nicht verstoßen; auch möge eine rein willkürliche Ausschließung gewisser Nachkommen ohne Entschädigung unzulässig sein. Innerhalb dieser Grenzen aber könne das hochadlige Haus eine von den gesetzlichen oder gewohnheitsrechtlichen Regeln und von den stifterischen Anordnungen abweichende Successionsordnung in das Hausgut neu einführen. Gewiß! Und vollkommen zutreffend bemerkt das Reichsgericht, für diese nach gemeinem deutschen Privatfürstenrecht zu entscheidende Frage komme nichts darauf an, ob nach gemeinem deutschen Privatrecht die Abänderung oder Aufhebung eines gewöhnlichen Familienfideikommisses mit Konsens aller lebenden Anwärter zulässig sei oder nicht (S. 160—161). Um so verwunderlicher aber ist es, daß das Reichsgericht in demselben Erkenntnisse bei einer anderen Frage die Hausgüter standesherrlicher Familien von den „Haus- und Kronfideikommissen“ souveräner Häuser trennen und den Familienfideikommissen des niederen Adels gleichstellen will (S. 154). Das Reichsgericht wendet hier die herrschende Theorie, nach der ein zugleich für die Nachkommen erklärter agnatischer Verzicht auf die Rechte an einem Familienfideikommiß die Allodialerben bindet, auf standesherrliche Hausgüter an. Denn bei diesen seien die abweichenden Grundsätze des öffentlichen Rechts über die Nachfolge in die Landeshoheit bedeutungslos, seitdem sie durch die Mediatisirung in reines Privateigenthum, eine „propriété patrimoniale et privée“, wie die Rheinbundsakte Art. 27 sage, verwandelt seien. Schon in dem vorerwähnten Erk. v. 19. Apr. 1887 hat aber derselbe Senat überzeugend dargelegt, daß die mit Rücksicht auf die zu Reichszeiten bestehende Verbindung der Hausgüter mit der Landeshoheit ausgebildeten Rechtssätze und Rechts-

institute ihre einmal erlangte Geltung durch den Wegfall jener Verbindung nicht eingebüßt haben (S. 204). Immer noch waltet jedenfalls zwischen Hausgut und Familienfideikommiß der wesentliche Unterschied, daß der Gedanke des Familiengutes, der sich beim Familienfideikommiß nur in der unvollkommenen Gestalt einer Stammgutsstiftung durchgesetzt hat, beim hochadligen Hausgut in dem Rechtsgebilde eines genossenschaftlichen Eigenthums der autonomen Familie voll ausgeprägt ist. Man braucht daher keineswegs mit Rosin (in diesen Jahrb. XXXII S. 446 ff.) auch für Familienfideikommisse die Lehre von der Gebundenheit der Allodialerben durch Veräußerungshandlungen ihres Rechtsvorgängers zu verwerfen, um doch gegen die Uebertragung dieser Lehre auf Hausgüter des hohen Adels entschiedenen Widerspruch zu erheben. Rosin selbst erkennt dies ausdrücklich an (a. a. O. S. 341—342 u. 466). Die Rechte der Agnaten in Ansehung des Hausgutes gründen sich auf ihre vollberechtigte Mitgliedschaft in der Familiengenossenschaft, der das Eigenthum am Hausgut gebührt. Als Mitträger der genossenschaftlichen Familieneinheit sind sie berufen, handelnd aufzutreten, wo das Haus selbst handeln soll. Ihre Individualrechte am Hausgut, gegenwärtige wie anwartschaftliche, sind hausverfassungsmäßige Ausflüsse ihrer Mitgliedschaft und fallen daher unter den Begriff der körperschaftlichen Sonderrechte. Der Agnat, der eine ungehörige Veräußerung anficht, nimmt mit den eignen Rechten zugleich die Rechte des Hauses wahr. Die Mitgliedschaft mit den durch sie begründeten Rechten und Pflichten aber wird angeboren, nicht ererbt. Somit kann für die Frage nach der Gebundenheit gegenwärtiger Mitglieder durch Handlungen früherer Mitglieder das allodiale Erbrecht überhaupt keine Rolle spielen. Nicht darauf kann es ankommen, ob ein Agnat als Individuum Erbe eines handelnden Agnaten geworden

ist, sondern allein darauf, ob durch die handelnden Agnaten das Haus selbst gehandelt hat. Denn wenn das Haus als solches handelt, werden freilich auch dessen künftige Mitglieder gebunden.

c) Familienfideikommisse.

Zur Begründung eines Familienfideikommisses fordert das Reichsgericht eine rechtsgeschäftliche Verfügung, kraft deren ein Gut für unveräußerlich erklärt wird, um in einer bestimmten Familie von Geschlecht zu Geschlecht vererbt zu werden. Keine Fideikommißstiftung findet es daher in einem Testamente v. 3. Mai 1751, durch das unter Gleichstellung des Allods mit dem Lehen für die gesammte Nachkommenschaft eine Erbfolge mit Vorzug des Mannsstammes angeordnet, ein Veräußerungsverbot aber nicht ausgesprochen war; Erk. des III. Sen. v. 26. Okt. 1880 b. Seuff. XXXVI Nr. 136. Umgekehrt gilt ihm, wo die Absicht einer Fideikommißstiftung erklärt ist, die Unveräußerlichkeit als stillschweigend vorgeschrieben; Erk. desselben Sen. v. 19. Apr. 1887 E.S. XVIII S. 207. Eine auf Grund der Statuten der Calenberg-Grubenhagen-Göttinger Ritterschaft urkundlich vollzogene „Stammgutserklärung" erachtet es für einen mit einer Fideikommißstiftung wesentlich gleichartigen und somit dem preußischen dreiprocentigen Werthstempel unterworfenen Rechtsakt; Erk. desselben Sen. v. 8. Juli 1892 E.S. XXX Nr. 52. Mit Recht nimmt das Reichsgericht an, daß nach preußischem wie gemeinem Recht der Stiftungsakt auch Anordnungen über das Schicksal des Gutes für den Fall des Erlöschens der bewidmeten Familie als integrirenden Bestandtheil enthalten und daher auch Kopftheilung unter gewisse Abkömmlinge verfügen kann und daß eine derartige Disposition auch hinsichtlich der Form ganz wie der übrige Stiftungsinhalt zu behandeln und folgeweise durch Rechtsge-

schäft unter Lebenden möglich ist; Erk. des IV. Sen. v. 8. Dez. 1884 E.S. XIII Nr. 53. Als geeigneten Gegenstand einer Fideikommißstiftung erkennt das Reichsgericht auch eine nicht auf Grund und Boden radizirte, wenn nur wiederkehrende und dauernde Geldrente an; Erk. des III. Sen. v. 4. Febr. 1890 E.S. XXVI S. 144.

Bei der Beurtheilung der Rechtsstellung des Fideikommißbesitzers hält sich das Reichsgericht für das preußische Recht an die landrechtliche Konstruktion, der zufolge dem jeweiligen Besitzer das Untereigenthum, der Familie aber das Obereigenthum zusteht. Dem vielfach erhobenen Ansinnen, diese Konstruktion als theoretischen Irrthum über Bord zu werfen und die gemeinrechtliche Annahme eines nur durch dingliche Rechte der Anwärter beschränkten Eigenthums des jeweiligen Besitzers in das preußische Recht zu verpflanzen, hat sich das Reichsgericht mit Recht nicht gefügt. Im Erk. des V. Sen. v. 17. Juni/11. Juli 1891 (E.S. XXVIII Nr. 51) stellt es jedoch fest, daß nach den allgemeinen Grundsätzen über getheiltes Eigenthum und den Bestimmungen der Preuß. A.G.O. I, 1 §§ 30—31 der Fideikommißbesitzer in Prozessen über die Substanz des Gutes auch als Untereigenthümer für sich allein als Kläger und Beklagter legitimirt ist. Denn wennschon er in solchen Prozessen zwei Anwärter zuziehen soll, so ist doch die Folge ihrer Nichtzuziehung nur, daß die gegen ihn ergangene Entscheidung nicht gegen die Familie als Obereigenthümerin wirkt. In demselben Erkenntniß spricht das Reichsgericht auch dem in das Grundbuch eingetragenen Fideikommißbesitzer die durch die Eintragung bewirkte Legitimation zur Anstellung der Eigenthumsklage wegen aller zum Grundstücke gehörigen Stücke zu. Dieses Klagerecht auf Grund des Eintrages habe nicht etwa bloß der nach erfolgter Auflassung im Falle freiwilliger Veräußerung eingetragene Erwerber, sondern

auch der als Erbe eingetragene Rechtsnachfolger und somit auch der eingetragene Fideikommißfolger, da auch hier ein Eigenthumswechsel, wennschon nur ein Wechsel des Untereigenthums, im Grundbuch bekundet sei. Der Unterschied bestehe nur darin, daß im ersten Falle wegen der konstitutiven Wirkung der Auflassung die Eigenthumsklage des eingetragenen Eigenthümers nur durch Anfechtung der Auflassung zurückgewiesen werden könne, während im zweiten Falle gegenüber der nur zur Legitimation dienenden Eintragung der Gegenbeweis des eigenen Eigenthumserwerbes (z. B. durch Ersitzung) unverschränkt sei. Die in einem Erk. dess. Sen. v. 13. Juni 1888 (b. Bolze VI Nr. 64) durchgeführte gegentheilige Meinung, daß der die Eigenthumsklage anstellende eingetragene Fideikommißbesitzer den Eigenthumserwerb an den einzelnen Stücken beweisen müsse, giebt das Reichsgericht ausdrücklich auf. — Aus der kraft des getheilten Eigenthums für den Fideikommißbesitzer gegenüber der Familie begründeten Pflicht, für gehörige Verzinsung der Fideikommißsubstanzschulden zu sorgen, leitet das Erk. des IV. Sen. v. 16. Dez. 1892 (E.S. XXX Nr. 82) die Folgerung her, daß bei landschaftlichen Pfandbriefschulden des Gutes der Besitzer auch den zum Amortisationsfonds angesammelten Zinstheil in Erfüllung seiner gegen die Familie begründeten Pflicht zahlt und daß demgemäß dieser Fonds Mangels anderer Anordnung des Stifters Fideikommißqualität annimmt. Das Reichsgericht weist daher die vom Allodialerben gegen den Fideikommißfolger erhobene Klage auf Herausgabe des vorhandenen Fonds zurück. Dagegen spricht es den vom Stifter selbst, sei es auch wider die Landschaftsordnung, abgehobenen Theil des Fonds, falls der Stifter sich Freiheit hinsichtlich der Schuldentilgung und somit der Familie gegenüber das Verfügungsrecht über Zinstheile gewahrt hatte, dem Allodialerben zu. — Auch für das bayrische Recht bezeichnet das Erk. des Obst. L.G. f. Bayern v. 30. Juni 1884 (b. Seuff. XL

Nr. 126) den jeweiligen Besitzer als einen „Nutzeigenthümer", dem die Verpflichtung obliege, das Gut in ordentlichem Stande zu erhalten, die erforderlichen Reparaturen und Verbesserungen rechtzeitig vorzunehmen und daher auch das Vieh und sonstige Inventar zu ergänzen. Mit Recht erblickt es daher in dem rückständigen Kaufpreise für Ochsen und Wagen keine Fideikommißschuld, sondern eine Allodialschuld des Besitzers. — Auf die Pfändung der Einkünfte des Fideikommisses wegen persönlicher Schulden des Besitzers wendet das Erk. des O.L.G. Cassel v. 7. Apr. 1893 (b. Seuff. XLIX Nr. 67) die Bestimmung des § 749 Z. 3 der C.Pr.O. an, so daß nur der zum nothdürftigen, nicht der zum standesgemäßen Unterhalte des Besitzers erforderliche Theil der Einkünfte von der Pfändung ausgeschlossen wird.

Dem Fideikommißanwärter schreibt das Reichsgericht auch nach gemeinem Recht ein gegenwärtiges dingliches Recht zu; vgl. Erk. des III. Sen. v. 4. Febr. 1890 E.S. XXVI S. 156: „Der Fideikommißanwärter hat ein nach dem Willen des Stifters bereits erworbenes, wenngleich nur bedingtes Recht auf die Fideikommißnachfolge;" eine Abtretung dieses Rechtes steht der Veräußerung des Fideikommisses gleich. Für das preußische Recht unterscheidet es in dem grundsätzlich wichtigen Erk. des V. Sen. v. 10. Dez. 1892 (E.S. XXX Nr. 119) zwischen dem für jeden Anwärter kraft seines Antheils am unveräußerlichen Obereigenthum der Familie begründeten gegenwärtigen Recht und seinem auf das nutzbare Eigenthum im Successionsfalle gerichteten anwartschaftlichen Recht. Auf dieses anwartschaftliche Recht bezieht sich das Erk. des IV. Sen. v. 11. Juni 1885 (E.S. XIII Nr. 103), nach dem eine Feststellungsklage auf Anerkennung des Rechts, beim Tode des jetzigen Besitzers vor dem Beklagten in das Fideikommiß zu succediren, einen dinglichen Anspruch verfolgt

und dem dinglichen Gerichtsstande unterliegt, weil sie sich auf Anerkennung eines Rechtsverhältnisses richtet, aus dem nutzbares Eigenthum an einer unbeweglichen Sache für den Fall der Successionseröffnung folgen soll. Zur Bestellung eines Kurators für das Fideikommiß und unbekannte Fideikommißanwärter beruft das Erk. desselben Sen. v. 4. Juli 1887 (XIX Nr. 57) das Oberlandesgericht als Fideikommißbehörde und nicht den Vormundschaftsrichter, weil die Vormundschaftsordnung nur für „physische Personen" sorge, hier aber die Verfolgung von Ansprüchen der Familie gegen den Besitzer in Frage stehe.

Ob die Veräußerung des Familienfideikommisses von dem nicht einwilligenden Anwärter nach dem Vorbilde des Lehnrechts erst im Successionsfalle oder nach dem Vorbilde des deutschen Stammgüterrechtes und des Rechtes der hochadligen Hausgüter sofort angefochten werden kann, ist für das gemeine Recht vom Reichsgericht, wie es scheint, noch nicht entschieden. Die herrschende Lehre, die den Anwärter auf eine Revokatorienklage nach Anfall des Gutes beschränkt, ist m. E. durch die gründlichen Ausführungen Rosins (in diesen Jahrb. XXXII S. 323 ff.) in überzeugender Weise widerlegt. Hoffentlich werden nunmehr Theorie und Praxis sich von der geschichtlich schlecht begründeten und praktisch unverständigen Ansicht wiederum abwenden und die Revokatorienklage als Mittel sofortiger Reaktion wider ungehörige Veräußerung zulassen und ausgestalten. Für das preußische Recht hat das vorhin erwähnte Erk. des R.G. v. 10. Dez. 1892 (E.S. XXX Nr. 119) die Hälfte des Weges bereits zurückgelegt, indem es mindestens gegen eine Pfändung von Fideikommißgegenständen jedem Anwärter als Theilhaber an dem unveräußerlichen und darum unpfändbaren Obereigenthum der Familie ein sofortiges Widerspruchsrecht gewährt. Ob im Falle frei-

williger Veräußerung des Gutes dem Fideikommißanwärter außer der Revokatorienklage, die er nach Preuß. A.L.R. II, 4 § 79 im Successionsfalle auf Grund des ihm angefallenen nutzbaren Eigenthums anstellen kann, ein sofortiger Rechtsbehelf auf Grund seines Antheils am Familienobereigenthum zusteht, läßt das Reichsgericht hier noch dahingestellt. Jedenfalls aber könne ihm im Falle der Pfändung nicht versagt werden, sein die Veräußerung hinderndes Recht alsbald im Wege der Klage nach § 690 der C.Pr.O. geltend zu machen. Denn sonst wäre sein Recht in dieser Richtung überhaupt schutzlos, da die Revokatorienklage als eine Art der Vindikation bei den im Wege der öffentlichen Versteigerung verkauften Sachen nach Preuß. A.L.R. I, 15 § 42 nicht durchgreife. — Die weitere Frage, ob der Anwärter dadurch, daß er Allodialerbe des Veräußerers oder eines Einwilligenden geworden ist, sein Anfechtungsrecht einbüßt, wird für das gemeine Recht in dem oben besprochenen Erk. des Reichsgerichts v. 4. Febr. 1890 (E.S. XXVI S. 153—154) und schon in einem Erk. des III. Sen. v. 4. Nov. 1881 (b. Seuff. XXXVII Nr. 128) in Uebereinstimmung mit der herrschenden Lehre bejaht. In der That ist hieran trotz des von Rosin (a. a. O. S. 438 ff.) erhobenen Widerspruches jedenfalls so lange festzuhalten, als nicht die Möglichkeit eines alle Familienglieder bindenden Familienbeschlusses über die Substanz des Fideikommisses anerkannt ist. Denn wenn die Rechte der Anwärter nicht als Ausflüsse der Mitgliedschaft in einer irgendwie organisirten Familie, sondern lediglich als individuelle dingliche Rechte behandelt werden, entspricht die Gebundenheit der Universalsuccessoren durch eine über sie getroffene Verfügung der Rechtskonsequenz. Auch wird damit wenigstens einigermaßen, obschon nicht vollständig, den Mißständen abgeholfen, die sich daraus ergeben, daß das gemeine Recht einen Weg für eine allseitig bindende Veräußerung nicht eröffnet.

Mit der Ersitzung von Rechten an Fideikommißgütern beschäftigt sich das, wie schon erwähnt, auch für das Lehnrecht vorbildlich gewordene Erk. des R.G. (V. Sen.) v. 7. Mai 1887 (E.S. XIX Nr. 51). Das Reichsgericht spricht hier zunächst für das gemeine Recht zwar nicht der ordentlichen, wohl aber der außerordentlichen Ersitzung Wirksamkeit wider die Anwärter zu und läßt daher eine Servitut am Fideikommißgut durch dreißigjährigen ununterbrochenen und gutgläubigen Besitz erwerben (S. 267—271). Aber auch für das preußische Recht legt es der nach § 122 Preuß. A.L.R. II, 4 „gegen das Fideikommiß" zulässigen dreißigjährigen Verjährung eine nicht bloß den Besitzer, sondern alle Anwärter bindende Kraft bei (S. 271—282). Bei der eingehenden Widerlegung der in der früheren preußischen Praxis zur Herrschaft gelangten abweichenden Ansicht sucht das Reichsgericht namentlich die zu deren Begründung verwandte Auffassung, daß in der Duldung der erwerbenden Verjährung eine Veräußerung liege, als irrig zu erweisen. Ueberdies aber entkräftet es die auf die §§ 512 u. 516 des Preuß. A.L.R. I, 9 gestützte Argumentation der Gegner, daß die Rechte der Anwärter deshalb der Schmälerung durch Ersitzung entzogen seien, weil ihr Gebrauch und ihre Verfolgung den fremden Besitzhandlungen gegenüber ausgeschlossen sei. In Wahrheit gehe der durch Verjährung geschützte Anspruch gegen den vollen Eigenthümer und somit zugleich gegen die Familie und ihr Obereigenthum. Jeder Anwärter habe also als Mitglied der Familie Anlaß, zu widersprechen, und die Befugniß, mit der Negatorienklage oder der Vindikation zur Wahrung der Rechte der Familie vorzugehen. Demgemäß erkennt das Reichsgericht sowohl die Ersitzung des Eigenthums an einzelnen Stücken des Fideikommißgutes wie die Ersitzung einer Servitut an dem Gute als wirksam an. Die Kenntniß der Fideikommißeigenschaft und deren Eintragung

in das Grundbuch betrachtet das Reichsgericht nach preußischem wie nach gemeinem Rechte als gleichgültig, weil sie den guten Glauben nicht ausschließe, ein Titel aber zur außerordentlichen Ersitzung nicht erforderlich sei. Diesen Ausführungen ist um so mehr zuzustimmen, je deutlicher gerade der vom Reichsgerichte entschiedene Fall offenbart, zu welchen ungerechten Ergebnissen die gegentheilige Ansicht führt. Ein Fideikommißfolger wollte seit Jahrhunderten ausgeübte Waldservituten auf Entnahme von Holz, Streu, Pilzen, Beeren und Kräutern aus dem zum Fideikommiß gehörigen Walde nicht anerkennen. Wäre er hiermit durchgedrungen, so hätte sich jedes gesunde Rechtsgefühl gegen eine Rechtsordnung auflehnen müssen, die einen derartigen Umsturz altbefestigter Besitzverhältnisse ermöglichte!

Das Wesen der Fideikommißfolge ist im Erk. des R.G. v. 4. Febr. 1890 (E.S. XXVI S. 141—143) richtig mit den Worten gezeichnet: „Die Nachfolge in deutschrechtliche Familienfideikommisse begründet weder eine Singular- noch eine Universalsuccession im römischrechtlichen Sinne, sondern eine eigenthümliche Nachfolge in einen Komplex von Rechten und Verbindlichkeiten". Das Reichsgericht erkennt also die Fideikommißfolge als einen Anwendungsfall der deutschrechtlichen Gesammtnachfolge in ein Sondervermögen an. In einer derartigen Rechtsnachfolge erblickt es einen nach § 217 der C.P.O. zur Wiederaufnahme des Rechtsstreites für den verstorbenen Fideikommißbesitzer berechtigenden Eintritt in dessen Rechtsstellung. Daß der Fideikommißfolger unmittelbar aus dem Willen des Stifters succedire, hindere nicht seine eben hierdurch vermittelte Rechtsnachfolge in Bezug auf den letzten Besitzer. Der Erwerb des Fideikommißvermögens durch den Fideikommißfolger vollzieht sich unbestritten von Rechtswegen; für das preußische Recht ist im Erk. des R.G. v. 28. Febr.

1881 (E.S. IV Nr. 69 S. 252) ausgesprochen, daß der Uebergang des nutzbaren Eigenthums auf den Fideikommißfolger mit dem Tode des Vorbesitzers und nicht erst mit der Eintragung ins Grundbuch eintritt. Hinsichtlich der Fähigkeit zur Fideikommißfolge stellt das Erk. des R.G. (III. Sen.) v. 11. Nov. 1892 (E.S. XXX Nr. 44) gemeinrechtlich Mantelkinder in Ermangelung einer abweichenden Anordnung des Stifters den ehelichen Kindern gleich und erkennt auch im Ehebruche erzeugte Kinder, falls nur die später unter den Eltern geschlossene Ehe gültig ist, als durch nachfolgende Ehe legitimirte Kinder und somit als successionsfähig an. In einem Streite über die Successionsordnung geht das Erk. des R.G. (I. Sen.) v. 2. Juli 1881 (E.S. V Nr. 38) mit Recht davon aus, daß die gesetzliche Erbfolgeordnung nur in Ermangelung einer Anordnung des Stifters Platz greift und daß daher, sobald eine stifterische Anordnung vorliegt, auch deren Lücken zunächst durch Willensauslegung und nicht aus der gesetzlichen Erbfolgeordnung zu ergänzen sind. Mit Unrecht aber nimmt das Reichsgericht bei dieser Willensauslegung auf die gesetzliche Erbfolgeordnung so gut wie gar keine Rücksicht. Denn eine Vermuthung dafür, daß der Stifter hinsichtlich der von ihm nicht geordneten Punkte es bei der gesetzlichen Regel belassen wollte, ist in der That gerechtfertigt. Es ist daher nicht unbedenklich, wenn das Reichsgericht aus einer vom Stifter für den ersten Erwerb des Fideikommisses getroffenen Anordnung, der das Prinzip der Succession nach Stämmen zu Grunde liegt, die Begründung der reinen Linealordnung hinter dem Stifter für alle künftigen Successionsfälle folgert. Der Stifter hatte in das von ihm letztwillig errichtete Familienfideikommiß seine drei Brüder und deren Nachkommen im Mannesstamme mit der Bestimmung berufen, daß die Linie des ältesten Bruders erst nach dem Erlöschen der beiden

anderen Linien succediren, zwischen der zweiten und dritten Linie aber zunächst das Loos entscheiden und hierbei die Nachkommenschaft eines Sohnes des dritten Bruders in stirpe am Loosen Theil nehmen solle. Für die künftigen Successionsfälle hatte er nur angeordnet, daß von mehreren zugleich Berufenen immer nur Einer nach Uebereinkunft oder Entscheidung durch das Loos gegen eine bestimmte Abfindung der Anderen das Gut erhalten solle. Beim Erlöschen des Mannesstammes sollten die nächsten Kognaten des letzten Besitzers succediren. Als nun nach dem Aussterben der durch das Loos zuerst berufenen zweiten Linie das Gut auf die dritte Linie überging, sah das O.A.G. Rostock einen mit dem letzten Besitzer in näherem Grade verwandten Sprößling dieser Linie als alleinigen Fideikommißfolger an und wies zwei Söhne eines vorverstorbenen Bruders desselben mit der Klage auf Theilnahme an der Succession endgültig ab. Dagegen erzielte der Sohn eines anderen vorverstorbenen Bruders bei dem inzwischen in letzter Instanz zuständig gewordenen Reichsgericht ein obsiegliches Urtheil. Diese Entscheidung des Reichsgerichtes ist durch die Bezugnahme auf die spezielle Bestimmung des Stifters für einen einzelnen Fall und eine ihm noch persönlich bekannte Unterlinie kaum ausreichend begründet. Im Uebrigen aber liegt kein Anhalt für die Annahme vor, daß der Stifter für alle Zukunft eine Abweichung von der gesetzlichen Regel statuiren wollte, nach der über die Folgeordnung die Nähe der Verwandtschaft mit dem letzten Besitzer entscheidet. Dagegen ist dem Reichsgericht unter Voraussetzung der Richtigkeit seiner Auslegung der Stiftungsurkunde darin beizustimmen, daß, wenn durch die rechtskräftige Abweisung des einen Stammes die Anordnung des Stifters zum Theil unausführbar geworden ist, ihre Ausführung wenigstens in dem nach der Sachlage möglichen Umfange erfolgen muß, daß daher über das Schick-

sal des Gutes zunächst zwischen dem jetzigen Kläger und dem Beklagten, im Falle des Ueberganges des Gutes auf den Kläger aber weiter zwischen diesem und dem dritten Stamme, dem ja das Successionsrecht nur dem Beklagten gegenüber rechtskräftig aberkannt ist, Uebereinkunft oder Kavelung stattzufinden hat (S. 152—153). Schließlich sei noch auf die im Erk. des R.G. v. 19. Apr. 1887 (E.S. XVIII Nr. 42) enthaltenen Ausführungen über kognatische Succession zurückverwiesen, die sich zunächst anf Hausgüter beziehen, aber auch für Familienfideikommisse die zutreffenden Sätze aufstellen, daß die Berufung von Kognaten hinter dem Mannsstamme im Zweifel als Berufung in das Fideikommiß als solches zu verstehen ist (S. 209), und daß die Vererbung des Fideikommisses in der kognatischen Familie im Zweifel nach denselben Grundsätzen, die für die Agnaten maßgebend sind, erfolgen und darum unter den Kindern der nächstberufenen Frau der jüngere Sohn der älteren Schwester vorgehen muß (S. 217).

---

## 5. Gemeines (Römisches) Recht.

Besprochen von Geh. Justizrath Prof. Dr. Eck in Berlin.

Ueberblickt man die in den letzten drei Bänden 31—33 der amtlichen Sammlung enthaltenen römisch-rechtlichen Entscheidungen, so kann man den meisten nur Beifall zollen. Einige aber nöthigen zum Widerspruch; manche lassen auch in formeller Beziehung viel zu wünschen übrig.

Von besonderem Interesse sind zunächst drei Urtheile, welche die „Unmöglichkeit" einer obligatorischen Leistung behandeln (Bd. XXXI Nr. 38, Bd. XXXII Nr. 33 und 34). In dem Falle Bd. XXXII Nr. 33 hat ein Ehemann sein

eigenes und drei in seinem ehemännlichen Nießbrauch stehende Grundstücke seiner Frau verpachtet und dann bei seinem Tode als Testamentserben seine Frau und drei Kinder hinterlassen, der ersteren aber den lebenslänglichen Nießbrauch an seinem Grundstücke vermacht. Die Frau hat sich in den Besitz der vier Pachtgrundstücke gesetzt, und nunmehr klagt der Pächter gegen sie und die drei Kinder und Miterben auf Anerkennung und Aushaltung des Pachtverhältnisses; die beiden Instanzgerichte weisen die Klage gegen die Kinder wegen subjektiver Unmöglichkeit der Erfüllung ab. Mit Recht hebt das R.G. diese Entscheidung auf, weil die Kinder als Miterben des Verpächters aus dessen Obligation haften, die Erfüllung der letzteren keineswegs objektiv unmöglich, und auch wenn die Kinder subjektiv zur Erfüllung außer Stand sein sollten, doch eine Verurtheilung auf die letztere für den Kläger als Grundlage eines Entschädigungsanspruchs von Werth ist. Die darin scheinbar liegende Härte für die Kinder ergiebt sich eben mit Nothwendigkeit aus dem Widerspruch zwischen der dauernden Verpächterpflicht des Erblassers einerseits und dem durch seinen Tod frei gewordenen Eigenthum der Witwe, bezw. dem ihr vermachten Nießbrauchsrecht andrerseits, ganz ähnlich wie in dem Falle der l. 32 D. loc. 19, 2. Diese Härte würde offenbar auch dann nur zum Theil vermieden sein, wenn der Pächter an den Grundstücken, wie nach Preuß. Landrecht, statt eines obligatorischen, ein dingliches Recht bekommen hätte. Denn dann würde er das letztere zwar in Bezug auf das Grundstück des Erblassers gegen die Witwe geltend machen können, aber nicht auch in Bezug auf die der Witwe selbst gehörigen Grundstücke, weil es an diesen zusammen mit dem Nießbrauch des Erblassers erloschen wäre; er müßte also insoweit doch wieder zur persönlichen Klage gegen die Erben des Verpächters greifen.

Mit dieser Zulassung der Erfüllungsklage trotz der auf Seiten des Beklagten vorhandenen (subjektiven) Unmöglichkeit der Erfüllung scheint auf den ersten Blick in Widerspruch zu stehen die Entscheidung in Bd. XXXI Nr. 38, welche bei gleicher Unmöglichkeit die *sofortige* Entschädigungsklage gutheißt. Hier fordert der Kläger, weil der Beklagte ihm ein Grundstück verkauft, dann aber dasselbe vertragswidrig an einen Dritten veräußert und aufgelassen habe, Schadensersatz; der Beklagte bestreitet den Verkauf und verlangt vorerst Erhebung der Erfüllungsklage, weil die Leistung nicht objektiv unmöglich sei, das R.G. jedoch verwirft diesen Einwand. Mit vollem Recht. Allerdings hätte der Kläger zuerst auf Erfüllung klagen können, wie es in dem ersteren Falle (Bd. XXXII Nr. 33) geschehen ist. Aber eine Verpflichtung dazu kann der Beklagte so lange nicht geltend machen, als er die Erfüllung in Folge seiner eigenen Vertragswidrigkeit nicht zu bewirken vermag und auch selbst verweigert. Vielmehr wird das Recht des Beklagten, sich durch Erfüllung zu befreien, genügend gewahrt, wenn das Gericht ihm dasselbe in dem auf Entschädigung des Klägers lautenden Urtheil ausdrücklich vorbehält, wie dies der Kläger im vorliegenden Fall nachträglich beantragt hatte. Das *Ergebniß* beider Entscheidungen läßt sich dahin zusammenfassen, daß bei einer auf Seiten des Schuldners vorhandenen (subjektiven) Unmöglichkeit der Leistung der Gläubiger zwar auf Erfüllung klagen, aber auch den Anspruch auf Erfüllung und den auf Entschädigung derart verbinden kann, daß er die letztere nur für den Fall verlangt, wenn der Beklagte die erstere nicht bewirken sollte.

Eine *objektive* Unmöglichkeit nimmt das R.G. in dem Falle an (Bd. XXXII Nr. 34), wo eine Eisenbahngesellschaft das Versprechen, gewisse Züge in einer Stadt halten zu lassen, abgegeben, alsdann aber die staatliche Aufsichtsbehörde den

Fahrplan dahin geändert hatte, daß das Anhalten der Züge in jener Stadt wegfiel. In der That liegt hier einer jener „juristischen Casus" vor, über welche G. Hartmann (Jena 1884) so trefflich gehandelt hat. Angesichts eines solchen kann die Stadtgemeinde gegen die Eisenbahngesellschaft auf Erfüllung selbst dann nicht klagen, wenn der zwischen beiden abgeschlossene Vertrag von der Landesregierung bestätigt worden war. Denn die Befugniß, in die Eisenbahnfahrpläne ändernd einzugreifen, ist ein unveräußerliches Hoheitsrecht des Staats. Fraglich kann nur sein, ob die Stadtgemeinde die etwaige Gegenleistung, welche sie der Eisenbahnverwaltung für jenes Versprechen gemacht hatte, wieder zurückfordern kann; diese Frage war in dem gegebenen Falle nicht anhängig gemacht, ist aber aus den von Hartmann entwickelten Gründen gewiß zu bejahen.

Eine weitere Reihe von Entscheidungen betrifft actiones legis Aquiliae (Bd. XXXII Nr. 37, Bd. XXXIII Nr. 43). In dem ersteren dieser Fälle hat der preußische Zollkreuzer „Blitz" bei der Fahrt aus der Geeste durch Schuld seines Kapitäns einen Dampfer beschädigt, und der Eigenthümer des letzteren nimmt deswegen den preußischen Fiskus aus verschiedenen Rechtsgründen in Anspruch.

Der erste Grund, Erstreckung der Art. 736—741 des H.G.B. (über Schaden durch Zusammenstoß von Schiffen) auf Flußschiffe kraft § 39 des Hannoverschen Einf.-Ges. zum H.G.B. wird vom R.G. mit Recht darum verworfen, weil unter dem danach haftbaren „Rheder" nur der Eigenthümer eines ihm zum Erwerb dienenden Flußschiffes zu verstehen, ein Zollkreuzer aber nicht zum gewerbsmäßigen Betrieb der Schifffahrt, sondern zur Kontrolle des Eingangs der Zölle, also zur Ausübung eines Hoheitsrechtes bestimmt sei. — Eher ließe sich eine Begründung aus l. 29 §§ 2—5 D. ad leg.

Aq. 9, 2 vertheidigen. In dieser Stelle wird wiederholt einerseits bei Verschulden eines nauta, gubernator oder ducator navis eine Schadensklage gegen diesen gegeben, andrerseits hinzugefügt, daß bei Nichtvorhandensein solcher culpa „cum domino agendum non est". Es fragt sich nun, ob nicht daraus durch argumentum a contrario für den Fall des vorhandenen Verschuldens jener Leute eine Klage gegen den Schiffseigenthümer (dominus) allerdings abzuleiten ist. Unser modernes Rechtsbewußtsein macht uns geneigt, die Frage zu bejahen (vgl. z. B. Unger, Handeln auf eigene Gefahr, 2. Aufl. VIII S. 62). Das R.G. erklärt aber jene Worte doch für unzulänglich, um die Grundlage eines so weit reichenden und vom Erforderniſſe der Verschuldung ganz absehenden Rechtssatzes zu bilden, und weist darauf hin, daß die Stelle auch an einen sein Schiff selbst führenden Eigenthümer gedacht haben könne. Man wird diese Bedenken des R.G. gelten lassen müssen. Auch in der Litteratur ist die vom R.G. abgelehnte Auffassung der l. 29 weder von A. Pernice (Sachbeschädigung), noch von anderen namhaften Bearbeitern der a. leg. Aq. vertreten, ja, der Gesetzestext macht den Eindruck, als sei er interpolirt oder verderbt. Daher ist die Begründung der Klage aus l. 29 unhaltbar.

Aber ist denn nicht eine Haftung des Fiskus aus der von seinem Beamten in Ausübung des Dienstes begangenen rechtswidrigen Beschädigung gerechtfertigt? Diese Begründung der Klage fertigt das R.G. mit vier Zeilen ab, weil die schuldhafte Handlung nicht bei Verwaltung des Staatsvermögens, sondern im öffentlichen Dienste geschehen sei. — Allein hiergegen muß Widerspruch erhoben werden. Freilich wird gerade bei den in Ausübung von Hoheitsrechten begangenen rechtswidrigen Handlungen die Haftung des Staats noch am meisten bestritten (vgl. die Unterscheidung des R.G. Entsch. Bd. XVII

S. 106 und Dernburg, Pand. I § 66 Anm. 9) und nach den Grundsätzen des Preuß. Landrechts sogar regelmäßig verneint (R.G., Entsch. Bd. XXVIII Nr. 74 und Bd. XXIX Nr. 57; dawider jedoch Rocholl, Rechtsfälle I S. 393 ff.). Aber im Gebiet des gemeinen Rechts, das hier zur Anwendung kommt, überwiegt doch bereits in Theorie und Praxis die Bejahung der Haftfrage, auch wenn der Staat seine Beamten in öffentlich-rechtlicher Funktion hat thätig werden lassen. (Vgl. die Nachweise bei Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 796 bis 801, und Lehrbuch, I § 67 Anm. 84; eine Verurtheilung gerade auch wegen unberechtigter Maßregeln einer Zollbehörde siehe bei Seuff. Arch. Bd. XIX Nr. 46). Auch greifen öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Funktionen oft so in einander (z. B. bei der Wegnahme von Gegenständen in staatliche Verwahrung anläßlich einer Haussuchung oder dergl. m.; vgl. Gierke, S. 787 Anm. 1), daß eine Beschränkung der Haftung auf das Gebiet der letzteren kaum durchführbar ist, und wie unbillig solche Beschränkung wirken kann, das zeigt gerade der vorliegende Fall am deutlichsten. Mit Recht hat dies bereits Oertmann im Archiv für Bürgerl. R., Bd. X S. 193 hervorgehoben. In dem neuesten Lehrbuch der Pandekten von Regelsberger I § 83 a. E. ist die Unterscheidung jener beiden Funktionen bei unserer Lehre überhaupt nicht mehr erwähnt. Inzwischen hat auch das R.Gesetz über die Binnenschiffahrt v. 15. Juni 1895 die hier fragliche Verantwortlichkeit des Schiffseigners für das Verschulden seiner Leute ausdrücklich vorgeschrieben.

Dagegen ist in dem anderen Falle (Bd. XXXIII Nr. 43), wo die actio legis Aquiliae gegen den Fiskus darauf gegründet ist, daß ein Gerichtsschreiber die zum Zwecke der gerichtlichen Hinterlegung an ihn gezahlten Gelder unterschlagen habe, und der Fiskus aus diesem Delikt des Beamten oder

doch wegen eigener mangelhafter Aufsicht hafte, mit Recht abweisend erkannt worden; denn im gegebenen Falle war der Beamte kraft Gesetzes zur Annahme von Depositengeldern nicht zuständig; er konnte dies auch dadurch nicht werden, daß die Ausübung einer solchen Thätigkeit durch ihn von seiner vorgesetzten Behörde stillschweigend geduldet wurde. Außerdem mußten die Kläger diese rechtliche Unzuständigkeit auch ihrerseits kennen. Danach können sie ihren Anspruch auf ein Verschulden des Fiskus in der Aufsicht nicht gründen, aber auch aus dem Delikt des Beamten, der nicht in den Grenzen seiner Zuständigkeit handelte, den Fiskus nicht verantwortlich machen. Die sonstigen Gründe des R.G., insbesondere die Erwägung, daß die ungenügende Beaufsichtigung eines Beamten nur eine culpa in non faciendo und keine Verletzung der Rechte von Privatpersonen darstelle, sind freilich recht bedenklich, indessen bedarf eben die Entscheidung zu ihrer Stütze dieser Gründe nicht.

Ueber Verjährung und Zeitbestimmung lauten die beiden Entscheidungen in Bd. XXXII Nr. 35 und 36. In Nr. 36 hat ein Ehemann zur Erfüllung der Pflicht, die ihm durch das mit seiner Frau gemeinsam errichtete Testament auferlegt war, ein Verzeichniß der in dem Gesammtgut vorhandenen Kapitalien errichtet und drei Viertel derselben für die Kinder seiner Frau aus deren erster Ehe sichergestellt. Nach seinem Tode behaupten die letzteren, daß er damals größere Summen verheimlicht habe, und klagen deshalb gegen den Vollstrecker seines Testaments 1) auf Legung eines neuen und vollständigen Verzeichnisses und 2) auf Auszahlung des ihnen gebührenden Antheils an den verheimlichten Summen. Das Berufungsgericht erkennt wegen Ablaufs der (nach Hamburger Recht geltenden) Verjährung von 10 Jahren auf Abweisung der Klage. Die Revision ist darauf gestützt, daß die Verjährungseinrede durch die Replik der Arglist ausgeschlossen sei,

indem der Ehemann und Urheber des Testaments den Ablauf der Verjährung durch sein rechtswidriges Verhalten den Klägern gegenüber herbeigeführt habe. In der That erklärt nun das R.G. diese Replik für ausreichend, um zwar nicht den ersten, wohl aber den zweiten Anspruch zu rechtfertigen, und weist deshalb die Sache zur Beweisaufnahme über die Verheimlichung von Kapitalien an das O.L.G. zurück (vgl. die vollständigere Mittheilung in Seuff., Archiv Bd. XLIX Nr. 231). Die Begründung dieses Urtheils muß als in hohem Maße bedenklich, und die dazu unternommene Quellenauslegung geradezu als verfehlt bezeichnet werden. Zunächst wird ein Analogieschluß von der „Versäumung einer vertragsmäßig für die Klagerhebung bestimmten Präklusivfrist" auf den Fall der „eigentlichen Klagverjährung" gemacht und wie bei jener, so auch bei dieser eine replicatio doli „im Sinne der l. 2 § 5 D. de dol. exc. 44, 4" zugelassen. Allein bei der inneren Verschiedenheit der beiden Institute ist ein solcher Analogieschluß durchaus unzulässig, und die l. 2 § 5 cit. gewährt überhaupt nicht für einen bestimmten Fall eine Einrede, sondern besagt nur für den römischen Prozeß, daß jede dem Beklagten zustehende exceptio, über die sich der Kläger geflissentlich hinwegsetze, statt in factum auch als exceptio doli (praesentis) formulirt werden könne. Wenn aber dann weiter noch l. 1 § 6 und l. 25 D. de dolo 4, 3 herangezogen werden, welche beide die actio doli behandeln, so ist auch dies unzutreffend. Denn die erstere Stelle entscheidet, daß die actio doli als subsidiäres Rechtsmittel zwar im Allgemeinen ausgeschlossen sei, wenn der Kläger eine andere Klage habe verjähren lassen, aber doch Anwendung finde, falls auch dieses letztere durch Arglist des Beklagten herbeigeführt sei, und die zweite Stelle spricht gar nur von einer Entkräftung der exceptio rei iudicatae durch replicatio doli. Demnach ist denn auch der Satz, daß die

Klagverjährung den Schuldner nur dann schütze, wenn er ihren Ablauf nicht arglistig herbeigeführt habe, unseren Lehrbüchern völlig fremd, und die Ausführung des R.G., daß die „bloße schuldvolle Nichtmittheilung“ von Kapitalien zur Begründung der Replik gegen die Verjährungseinrede ausreiche, unannehmbar. Es fragt sich nur, ob sich die Entscheidung des R.G. nicht aus einem anderen Grunde aufrecht erhalten läßt, und diese Frage ist allerdings zu bejahen. Man kann dazu vor allem den Satz des kanonischen Rechts benutzen (c. 20 X de praescr. 2, 26) ut nulla valeat absque bona fide praescriptio, und daß der Beklagte in nulla temporis parte conscientiam rei alienae gehabt haben dürfe; denn als res alienae darf man auch die in den Händen des Witwers verbliebenen Kapitalien des Gesammtguts wohl betrachten. Damit wäre denn die Verjährungseinrede beseitigt. Man kann aber auch die Klage, die auf die bewußt-rechtswidrige Geheimhaltung von Kapitalien gegründet ist, als eine actio doli auffassen, deren Verjährung so lange nicht beginnen konnte, als jene Geheimhaltung fortgesetzt wurde d. h. nicht vor dem Tode des Ehemanns. Auch aus diesem Gesichtspunkt erscheint dann die Zulassung der Kläger zum Beweise ihrer Behauptungen gerechtfertigt. Uebrigens ist aber nicht einzusehen, warum, wenn den Klägern dieser Beweis gelingt, nur ihr zweiter Anspruch auf Auszahlung ihrer Antheile an den verheimlichten Kapitalien begründet, dagegen der erste auf Legung eines neuen Verzeichnisses, wie das R.G. sagt, als „längst erfüllt“ zu verwerfen sein sollte. Denn das Recht der Kläger ging doch auf ein vollständiges Verzeichniß und kann also, wenn der Verpflichtete einen Theil der zu verzeichnenden Kapitalien arglistig zurückbehalten hat, auch jetzt noch in der Richtung auf Ergänzung jenes Verzeichnisses und eidliche Bestärkung seiner Vollständigkeit geltend gemacht werden.

Die neben dieser Entscheidung stehende Nr. 35 betrifft die Frage, wann die Rückgabe einer Amtskaution gefordert werden könne. Die Kläger und Erben eines Hypothekenbeamten behaupten: sofort mit Beendigung des Amtsverhältnisses, sofern nicht bestimmte, dem Staate bereits erwachsene Ansprüche nachgewiesen würden; der beklagte hamburgische Staat behauptet: erst dann, wenn es nicht mehr möglich sei, daß noch Ansprüche aus der Amtsführung des Erblassers hervortreten. Beide extreme Behauptungen verwirft das R.G. und nimmt mit dem Berufungsgericht übereinstimmend an: Der Staat hat zunächst ein Recht auf eine angemessene Frist, um zu prüfen, ob ihm Ansprüche aus der Amtsführung des Beamten erwachsen sind; nach Ablauf der Frist ist er zur Rückgabe der Kaution verpflichtet, falls er nicht die Gewißheit oder doch Wahrscheinlichkeit von Ansprüchen, für welche die Kaution zu haften haben wird, darthut. Das Berufungsgericht sieht nun aber im gegebenen Falle solche Ansprüche als formell ausgeschlossen an dadurch, daß die Kläger bereits vor der Klage ein gerichtliches Aufgebot aller an den Nachlaß zu erhebenden Forderungen erwirkt haben, worauf nur eine Anmeldung der dem hamburgischen Staat möglicher Weise aus der Amtsführung des Erblassers zustehenden Ansprüche erfolgt, und alsdann das Ausschlußurtheil ergangen ist; auf Grund hiervon hat das Berufungsgericht den Beklagten ohne weiteres verurtheilt. Diese Entscheidung hebt das R.G. mit Recht auf, weil trotz jenes Ausschlußurtheils noch Ansprüche aus der Amtsführung des Erblassers der Kläger denkbar bleiben. Das Ausschlußurtheil kann noch nach C.P.O. § 834 Abs. 2 mit Erfolg angefochten werden; es kann auch sein, daß ein Dritter erst nach Erlaß jenes Urtheils durch einen vom Erblasser verschuldeten Schaden betroffen und somit von dem Urtheil nicht berührt worden ist rc. Deswegen hätte das Berufungs-

gericht nicht schon auf die formelle Bedeutung des Ausschlußurtheils eine Verurtheilung gründen, sondern mit Rücksicht auf die Umstände prüfen sollen, ob es thatsächlich wahrscheinlich sei, daß noch Ansprüche aus der Amtsführung hervortreten werden oder nicht. Wegen jener unrichtigen Verwerthung des Ausschlußurtheils ist die Sache in die Berufungsinstanz zurückgewiesen.

In unverkennbarem Widerspruch zu einander stehen zwei die Schuldübernahme betreffende Erkenntnisse des III. und des VI. Senats (Bd. XXXII Nr. 40 und Bd. XXXIII Nr. 39). In dem ersteren Falle hat der Beklagte Bl. durch Vertrag mit K. eine Schuld desselben an die Klägerin gegen Entgelt übernommen. Klägerin hat zunächst gegen K. ohne den Erfolg der Befriedigung, nunmehr aber gegen den Schuldübernehmer Bl. auf Erfüllung geklagt; das O.L.G. hat aus dem Vertragsinhalt und den Umständen festgestellt, daß nach Absicht der Kontrahenten K. und Bl. der Gläubigerin ein unmittelbares Klagrecht gegen Bl. erwachsen sollte, und darauf hin haben das O.L.G. und das R.G. die Klage für gerechtfertigt erklärt. Das R.G. erachtet bei einem mit solcher Absicht zu Gunsten eines Dritten geschlossenen Vertrag nicht eine „Aufforderung oder Offerte an den Dritten zum Beitritt" für erforderlich, sondern nur „den Beitritt oder die Acceptation" in irgend einer Weise, und es findet dieses Erforderniß im gegebenen Falle durch die Erhebung der Klage gegen den Schuldübernehmer erfüllt; die vorherige Klage gegen den ursprünglichen, durch den Vertrag „selbstverständlich nicht befreiten Schuldner K." habe jenen Beitritt zum Vertrage nicht hindern können. — Bedenklich ist an dieser Entscheidung, abgesehen von dem Erforderniß einer sog. „Acceptation" ohne voraufgegangene Offerte, nur die Behandlung der Schuldübernahme als einer „selbstverständlich" kumulativen, der zufolge die Gläubigerin auch nach Ausklagung des ursprünglichen

Schuldners ihr Recht gegen den Schuldübernehmer behalten habe. Denn man darf wohl fragen, ob nicht bei dem Vertrage, durch den der Beklagte von K. als Entgelt für seine Schuldübernahme mehr erhielt, als die Schuld betrug, die Absicht vielmehr auf einen privativen Eintritt des Beklagten an die Stelle des K. gerichtet war, und ob nicht also die Gläubigerin, wenn sie mit Kenntniß des Vertrages gegen K. klagte, eben damit den beabsichtigten Schuldnerwechsel zurückwies (vgl. Regelsberger, Archiv f. civ. Pr., Bd. LXVII S. 30). Doch die Hauptsache an dem Erkenntniß ist der Satz, daß bei einer (kumulativen) Schuldübernahme mit der Absicht, den Drittgläubiger unmittelbar zu berechtigen, eine einseitige Erklärung des letzteren zum Erwerb der Forderung gegen den Schuldübernehmer genügt. In der That ist mehr als solche einseitige Erklärung, mag man sie nun Beitritts- oder mit Gierke Aneignungserklärung nennen, gewiß nicht zu erfordern, und damit ist die Entscheidung des gegebenen Falles gerechtfertigt. Nach einer anderen Lehre aber (Regelsberger a. a. O. S. 11—14, der insoweit mit Bähr zusammentrifft) bedarf es bei einem Vertrage zu Gunsten Dritter, durch welchen der Dritte kein Recht verlieren, sondern nur eins erhalten soll überhaupt nicht erst seiner Zustimmung, sondern er erwirbt dasselbe sogar ohne sein Zuthun, und diese Lehre ist m. E. wohl begründet.

Anders urtheilt nun aber das zweite Erkenntniß (Bd. XXXIII Nr. 39) über einen fast gleichliegenden Fall. Der Beklagte E. hat durch Vertrag mit C. sich von diesem das Eigenthum an Kieswerken und die Rechte aus gewissen Kontrakten übertragen lassen und dafür eine Schuld des C. an Cln., den Erblasser der Kläger, „als eine von ihm (E.) selbst kontrahirte Schuld“ übernommen. Die Kläger, denen auch noch C. seine Rechte aus dem Vertrage mit E. cedirt hat,

haben nun zunächst gegen E. und C. solidarisch auf Erfüllung der Schuld geklagt, dann aber ihre Klage vorläufig auf E. beschränkt. Dieser bestreitet, daß seine Schuldübernahme dem Kln. gegenüber erfolgt, und sein Schuldbekenntniß acceptirt worden, mithin den Klägern ein direktes Klagrecht gegen ihn erwachsen sei; auch setzt er den Klägern als Cessionaren des C. eine Retentionseinrede entgegen, weil dieser den Vertrag mit ihm, dem Beklagten, über „Abtretung der Kontrakte" nicht erfüllt habe. Die beiden Instanzgerichte haben den Beklagten verurtheilt. Das L.G. Hamburg faßt die Schuldübernahme als kumulative auf, kraft deren dem Gläubiger mit seinem Beitritt ein zweites gegen den Uebernehmer gerichtetes Forderungsrecht erwachse, und findet die Beitrittserklärung in der Erhebung der Klage; die Einrede des Beklagten verwirft es, weil die Schuldübernahme vorbehaltlos erfolgt sei. Das O.L.G. Hamburg meint, indem es die Ausführungen des L.G. billigt in dem Vertrage zwischen C. und E. sei „nicht bloß eine Entfreiung des C. von seiner Schuld durch E. bezielt, sondern auch eine wirkliche Uebernahme dieser Schuld dem Gläubiger gegenüber gewollt", und mit der Klagerhebung hätten die Kläger die ihnen zugedachten Vortheile in Anspruch genommen, als wenn sie den Vertrag selbst mitgeschlossen hätten; die Retentionseinrede des Beklagten sei zwar auch unabhängig von der in der Klage geltend gemachten Cession rechtlich zulässig, aber thatsächlich unbegründet.

Das R.G. rügt nun, daß es an den thatsächlichen Feststellungen fehle, welche zur Annahme eines direkten Klagrechts der Kläger gegen den Beklagten E. und für die Beurtheilung der Retentionseinrede erforderlich seien, und hat deswegen die Sache in die zweite Instanz zurückverwiesen. Die zehn Seiten füllende, aber doch sehr undurchsichtige und schwerfällige Begründung dieses Urtheils hat folgenden Kern. Das O.L.G.

habe sich nicht klar ausgesprochen, ob es die Schuldübernahme des Beklagten mit dem L.G. als kumulative oder vielmehr als privative auffasse (S. 187/8). Es bedürfe aber nicht bloß bei der letzteren (S. 189), sondern auch bei der ersteren (S. 190) einer Mittheilung des Vertrages an den Gläubiger durch beide Kontrahenten oder mindestens durch einen derselben, sowie einer entsprechenden Beitrittserklärung des Gläubigers, und eine solche Mittheilung sei im vorliegenden Falle bisher nicht festgestellt. Ueberdieß dürfe eine Einrede aus dem Schuldübernahmevertrag dem von dem Gläubiger verklagten neuen Schuldner zwar bei der privativen Schuldübernahme (S. 188), aber nicht auch bei der kumulativen versagt werden: denn wenn diese durch gegenseitigen (entgeltlichen) Vertrag erfolge, so dürfe man nicht davon ausgehen, daß der Uebernehmer sich dem Gläubiger gegenüber „unbedingt (abstrakt)" habe verpflichten wollen (S. 192). Von dem Erforderniß einer Mittheilung des Vertrages an den Gläubiger könne nur dann abgesehen werden, wenn die Schuldübernahme (sei sie eine privative, S. 190 i. A., oder eine kumulative, S. 190 a. E., S. 192/3) als Vertrag zu Gunsten eines Dritten, d. h. mit dem Willen geschlossen sei, daß der Uebernehmer unmittelbar Schuldner des Gläubigers werden solle; alsdann gewinne der Gläubiger ohne weiteres mit seinem Beitritt, der auch durch Klagerhebung ausgesprochen werden könne, ein direktes Forderungsrecht gegen den Schuldübernehmer (S. 193). Doch müsse ein dahin gerichteter Wille der Kontrahenten im Einzelfalle kraft besondrer Umstände thatsächlich festgestellt werden, und dies sei hier nicht geschehen. Uebrigens bleibe auch bei einem Vertrage zu Gunsten des Dritten der neben dem ursprünglichen Schuldner verpflichtete Schuldübernehmer im Zweifel nach der Parteiabsicht berechtigt, Einreden aus dem Vertragsverhältniß zu seinem Mitkontrahenten dem

Gläubiger entgegen zu halten (S. 193). Hiernach seien sowohl in Bezug auf den Klagegrund, als in Bezug auf die Einrede „nach Maßgabe der ausgehobenen Gesichtspunkte" noch genauere thatsächliche Feststellungen zu treffen.

Die dieser Entscheidung zu Grunde gelegten Rechtssätze werden vom R.G. ohne jede Berücksichtigung der vorhandenen reichen Litteratur vorgetragen; nur Windscheids Pandekten sind einmal bei einem Nebenpunkte angeführt. Im übrigen wird zum Belege drei Mal ausschließlich — der Entwurf des B.G.B. citirt, der doch nur die privative Schuldübernahme behandelt! Dies Verfahren ist auffallend. In der Sache selbst dürfte dem R.G. gegenüber Folgendes zu bemerken sein.

1) Nach dem R.G. ist die Schuldübernahme, die kumulative wie die privative, im Zweifel kein Vertrag zu Gunsten eines Dritten (des Gläubigers), sondern wird dies erst durch die Parteiabsicht, den Uebernehmer unmittelbar zum Schuldner des Gläubigers zu machen, welche aber durch besondere Umstände festgestellt werden muß. Ob in der That die privative Schuldübernahme, auch wenn jene Absicht besteht, als Vertrag „zu Gunsten eines Dritten" bezeichnet werden darf, da sie doch dem Dritten nicht lediglich ein Recht zuwenden, sondern zugleich eines entziehen will, ist eine hier nicht zu erörternde Frage, die, wie in der Litteratur, z. B. von Regelsberger, so auch in den Motiven des Entwurfs (II S. 143) verneint wird. Zuzugeben ist jedenfalls, daß das Vorhandensein jener Absicht bei der privativen, wie bei der kumulativen Schuldübernahme eine unerläßliche Vorbedingung für einen unmittelbaren Rechtserwerb des Gläubigers gegen den Uebernehmer bildet; in Ermangelung dieser Absicht liegt eben nur ein auf die Kontrahenten beschränktes Rechtsverhältniß (sog. Erfüllungsübernahme) vor. Dagegen ist nicht zuzugeben, daß jene Absicht nicht schon aus dem Vertragsinhalt, sondern immer

nur aus besonderen, thatsächlich festzustellenden Umständen erschlossen werden könne. Vielmehr liegt dieselbe zum mindesten bei der Erklärung einer kumulativen Schuldübernahme ohnehin sehr nahe, wie dies auch die angeführten Motive (II S. 144) aussprechen; ja, schon das Wort „Schuldüber-übernahme" drückt eigentlich diese Absicht aus. Gerade im gegebenen Fall hat nun der Beklagte die Schuld nicht bloß gegen Entgelt, sondern auch „als eine von ihm selbst kontrahirte" übernommen! Damit war doch wohl die Absicht, dem Gläubiger haftbar zu werden, zur Genüge erklärt, und wenn also das L.G. den Vertrag als eine kumulative Schuldübernahme auslegte, so war es durchaus im Rechte. Dieser Auffassung ist auch das O.L.G., indem es die Ausführung des L.G. billigte und eine „wirkliche Schuldübernahme" als beabsichtigt annahm, erkennbar beigetreten, und auch das R.G. hätte sich derselben ohne weiteres anschließen können, ebenso wie es dies in dem Falle Bd. XXXII Nr. 40 gethan hat.

2) Wenn eine Schuldübernahme nicht in der Absicht einer unmittelbaren Zuwendung an den Gläubiger geschlossen ist, dann bedarf es freilich noch einer Aufforderung an den Gläubiger zum Beitritt und seiner Beitrittserklärung, während bei einer mit jener Absicht vereinbarten Schuldübernahme eine einseitige Genehmigung des Gläubigers jedenfalls genügt, ja im Falle der kumulativen Schuldübernahme wohl nicht einmal erforderlich ist. Nimmt man nun im gegebenen Falle einen zu Gunsten des Gläubigers geschlossenen Vertrag an, so ist auch die Genehmigungserklärung desselben mit den beiden Instanzgerichten als in der Erhebung der Klage gegen den Schuldübernehmer enthalten anzusehen. Aber auch wenn man mit dem R.G. die auf eine unmittelbare Berechtigung des Gläubigers gerichtete Parteiabsicht noch nicht für festgestellt erachtet, wird man doch sagen müssen, daß auch eine dem Gläu-

biger zugegangene Aufforderung zum Beitritt hier nicht fehlt: denn die von C. den Klägern ertheilte Cession seiner Rechte aus dem Vertrage mit dem Beklagten bekundete ausreichend den Willen des ursprünglichen Schuldners, daß der Gläubiger direkt gegen den Schuldübernehmer vorzugehen berechtigt sein solle. Hiernach hätte das R.G. auch bei seiner engen Auffassung des Schuldübernahmevertrages den Klaggrund als dargethan annehmen können.

3) Was endlich die vom Beklagten vorgeschützte Einrede des nicht erfüllten Vertrages betrifft, so soll dieselbe nach der Meinung des R.G. bei kumulativer Schuldübernahme dem Uebernehmer im Zweifel nicht bloß dann vorbehalten sein, wenn die Kontrahenten zunächst nur unter sich ein Rechtsverhältniß beabsichtigt und erst nachträglich den Beitritt des Gläubigers herbeigeführt hatten, sondern auch in dem Falle, wo der Vertrag im Sinne einer unmittelbaren Zuwendung an den Gläubiger geschlossen war. Für den letzteren Fall entspricht diese Meinung der Parteiabsicht gewiß nicht, da die Zuwendung an den Gläubiger dann doch wieder von dem Verhalten des ursprünglichen Schuldners abhängig sein würde. Eher mag jene Deutung des Parteiwillens für den ersteren Fall zutreffen. Wenn aber der Schuldübernehmer, wie hier der Beklagte, ausdrücklich erklärt hat, die Schuld „als eine von ihm selbst kontrahirte" zu übernehmen, so hat er damit doch wohl deutlich genug ausgesprochen, daß seine Schuld gegenüber dem Gläubiger von seinen „vertragsmäßigen Beziehungen zu dem Promissar losgelöst" sein sollte. So kann denn auch hinsichtlich der Einrede das Verlangen des R.G. nach Feststellung von „Umständen besonderer Art", welche ihren Ausschluß rechtfertigen könnten (S. 192), nicht gebilligt werden; die Entscheidung wäre vielmehr auch in diesem Punkte ohne weiteres zu Gunsten der Kläger zu fällen gewesen.

Zum Schluß nur noch ein paar Belege für die oben gerügte formelle Mangelhaftigkeit des Urtheils. In demselben finden sich neben positiven Versehen („Kläger" statt „Käufer" S. 189, „haben die Beklagten" statt „hat der Beklagte" S. 187) vielfach Mißbildungen von Worten („Entfreiung" S. 186, „diesbezüglicher Standpunkt" S. 187, „voraussetzlich" S. 193, „ausgehobene Gesichtspunkte", S. 194, 195) und von ganzen Sätzen (z. B. „daß C. dem Beklagten noch eine spezielle, die Abtretung seiner Rechte aus den auf die Kieswerke bezüglichen, speziell aus den mit den bezeichneten Grundbesitzern abgeschlossenen Verträgen bekundende Erklärung . . zu geben verpflichtet sei" S. 195; vgl. auch den Satz auf S. 193 Z. 22 „Das Forderungsrecht" bis „dürfte"), ferner Verstöße gegen die Regeln über den Gebrauch der tempora und modi (z. B. „Läge der Fall so, daß . . verpflichtet werden soll, so ist . . ausgeschlossen" S. 190; „C. schloß einen Vertrag, inhaltlich dessen C. . . hierdurch an E. überträgt, wogegen E. . . zu zahlen hatte" S. 185), Ellipsen, die nicht aus dem Voraufgegangenen, sondern erst aus dem Nachfolgenden zu ergänzen sind (z. B. „Eher kann auf eine mit derjenigen der Klage und des Richters erster Instanz übereinstimmende Auffassung geschlossen werden" S. 188; „der Gläubiger erwerbe ein neben das ursprüngliche tretendes Forderungsrecht" S. 186), schiefe Ausdrucksweisen („der Vertragswille ist darauf gerichtet, der Schuldübernehmer wolle Schuldner werden" S. 192) rc. Kurz, den schon oft erhobenen Klagen über die schlechte Sprache unserer gerichtlichen Entscheidungen wird durch dieses Urtheil leider neue Nahrung gegeben.

Während unter den bisher besprochenen Erkenntnissen immer eine Mehrzahl eine und dieselbe Materie betraf, ist über eine Reihe anderer wichtiger Rechtsfragen nur je ein Urtheil

vorhanden. Von solchen einzelnen Urtheilen seien zunächst die auf das Obligationenrecht bezüglichen kurz erwähnt, welche fast alle zum Widerspruch keinen Anlaß geben.

In XXXII Nr. 42 war die Frage, ob bei der Versicherung des eignen Lebens „zu Gunsten der Erben" des Versicherungsnehmers die Versicherungssumme den Erben als solchen nach Maßgabe ihrer Erbtheile oder als Dritten zu gleichen Theilen gebühre. Bisher ist über die Zugehörigkeit der Versicherungssumme zum Nachlaß immer nur in solchen Fällen erkannt worden, wo der Erblasser als Versicherte entweder andre Personen, als seine Erben (z. B. Ehefrau, Kinder), oder keine bestimmte Person bezeichnet hatte, und zwar fast immer anläßlich eines Streits der zum Bezug der Summe Berechtigten mit den Nachlaßgläubigern. Im gegebenen Falle aber erscheint die Frage jener Zugehörigkeit in ganz neuer Beleuchtung! Der Erblasser hatte im Testament zunächst seine fünf Kinder zu Erben eingesetzt, dann aber den vier jüngeren Kindern nur bestimmte Abfindungen, dagegen dem ältesten Sohn alle Hauptnachlaßgegenstände zugewiesen und die Versicherungspolize unerwähnt gelassen; in Folge dessen klagten jene vier auf gleiche Antheile an der Versicherungssumme mit ihrem ältesten Bruder, der seinerseits als Alleinerbe die ganze Summe in Anspruch nahm. Das Berufungsgericht hat die Versicherung zu Gunsten der Erben als dritter Personen ausgelegt und dabei seltsamer Weise die testamentarischen Bestimmungen zwar, soweit sie die Personen, aber nicht auch soweit sie die Antheile der Erben betreffen, für maßgebend erachtet. Mit Recht sieht dagegen das R.G., da bei der Versicherung des eignen Lebens der Versicherungsnehmer selbst nicht Empfangsberechtiger sein könne, in der Nennung seiner Erben als der Empfangsberechtigten nur den natürlichen Ausdruck des Willens, die Versicherungssumme diesen, als

Rechtsnachfolgern in den Nachlaß des Versicherungsnehmers, und nicht einem Dritten zuzuwenden, zumal wenn der Erblasser gar kein Interesse daran hatte (z. B. wegen Ueberschuldung), die Versicherungssumme von seinem Nachlaß zu trennen. Das R.G. stellt damit die Versicherung „zu Gunsten der Erben" auf eine Linie mit der für den Versicherungsnehmer selbst geschlossenen (vgl. die neuesten Entsch. des R.G. bei Seuff. Arch. XLII Nr. 141 und XLIII Nr. 145) und verwirft die Idee, daß die Erben die Versicherungssumme aus einem andern Recht bekämen, als den Nachlaß. Darin ist ihm gewiß beizustimmen. Die Entscheidung des gegebenen Falles hängt hiernach davon ab, ob die vier Kläger wirklich Miterben, oder ob sie neben dem Beklagten als dem Alleinerben nur Abfindlinge (**heredes ex certa re**) sein sollten, was das Berufungsgericht ungeprüft gelassen hat. Ja, auf eine Prüfung dieses Punktes kommt es sogar auch dann an, wenn man mit dem Berufungsgericht die versicherten Erben zwar als Dritte auffaßt, aber durch die testamentarische Erbeseinsetzung bestimmt sein läßt. Denn man darf die Ernennung der Erben nicht von den ihnen zugewendeten Gegenständen trennen; die Methode des klassischen Rechts, die **heredes ex certa re** als **heredes detracta rei mentione** zu behandeln, ist schon von Justinian verlassen worden und im heutigen Rechte fast ganz veraltet, da bei uns über die Annahme oder Verneinung der Erbeseigenschaft in erster Linie nicht der Ausdruck „Erbe", sondern der Inhalt der Zuwendung (ob Erbschaft als Ganzes oder einzelne Sachen) entscheidet (Unger, Erbr. § 8 Anm. 4 und 6). Hiernach bedurfte es in der That zunächst einer Zurückverweisung der Sache in die vorige Instanz.

Eine interessante Anwendung des Satzes, daß pacta de non cedendo auch Dritten gegenüber wirksam sind, enthält

XXXI Nr. 32. Der Schuldner hatte nach der vertragswidrigen Cession an die Konkursmasse des Cedenten gezahlt, und von dieser verlangte nun der Cessionar Herausgabe des Gezahlten. Auffallender Weise haben das L.G. und das O.L.G. zu Hamburg nach dem Klageantrage erkannt. Das letztere mit der sonderbaren Begründung, daß, wenn die Cession ungültig gewesen sein sollte, dieselbe durch Konversion in ein unwiderrufliches mandatum in rem suam (!) umzudeuten sei. Unter zutreffender Verwerfung dieser Begründung führt das R.G. aus, daß den Kontrahenten doch mindestens gestattet sein müsse, die Zahlungspflicht des Schuldners immer für diejenige Zeit auszuschließen, wo die Forderung nicht dem ursprünglichen Gläubiger, sondern einem Cessionar zustehen werde. Es bedarf aber dieses Hülfsmittels nicht einmal, sondern es muß mit der herrschenden Lehre auch direkt das Recht der Parteien anerkannt werden, die Forderung als eine höchst persönliche zu bestellen, vgl. Seuff. Arch. XXXIX Nr. 96 und die Entscheidung des R.G. in einer ebenfalls hamburgischen Sache, ebendas. XL Nr. 192. Wenn das Eigenthumsrecht durch ein vertragsmäßiges Veräußerungsverbot nicht gebunden wird, so ist daraus für das ganz anders geartete Forderungsrecht nichts zu schließen.

Nicht minder reformbedürftig war die Entscheidung des O.L.G. Hamburg in dem anderen Falle XXXI Nr. 31, wo der Verkäufer eines Hauses, wissend, daß dasselbe mit Schwamm behaftet war, in den Vertrag die Klausel „wie zu besehen" aufgenommen und das O.L.G. die Entschädigungsklage des Käufers abgewiesen hatte. Natürlich kann jene Klausel nur die Haftung aus dem ädilizischen Edikt, aber nicht auch die aus arglistiger Verschweigung ausschließen (l. 14 § 9 D. de aed. ed. 21, 1), und es ist erstaunlich, daß eine Arglist noch nicht vorliegen soll, wenn der Verkäufer nur

„den Hintergedanken gehegt" hat, der Käufer werde ohne Zuziehung von Sachverständigen den Mangel vielleicht übersehen!

In einem weiteren Falle XXXI Nr. 30 hat das R.G., abermals vom O.L.G. Hamburg abweichend, die Einrede des Zwanges mit Recht auch auf Grund der Bedrohung mit einer Kriminalstrafe zugelassen. Dem Miteigenthümer eines abgebrannten Bauernhauses war von der Feuerkasse die Auszahlung des auf ihn fallenden Drittels der Versicherungssumme verweigert und seine Klage rechtskräftig zurückgewiesen worden, weil er selbst durch eine „mindestens grob fahrlässige Handlung" den Brandschaden verursacht habe. Andrerseits war schon vorher ein Strafverfahren gegen ihn eingestellt worden, weil er zur Zeit der That geistig gestört gewesen sei. Nunmehr erwirkten zwei Mitglieder der Feuerkasse unter Androhung einer erneuten Denunziation, die ihn auf Jahre ins Zuchthaus bringen könne, einen sogenannten Vergleich mit ihm, durch den er sich verpflichtete, den größten Theil der an die anderen Miteigenthümer ausbezahlten Versicherungsgelder aus eigenen Mitteln der Feuerkasse zu erstatten. Die der Klage aus diesem Vergleich von ihm entgegengestellte Einrede des Zwanges verwarf das O.L.G. Hamburg, weil die Feuerkasse keinen rechtswidrigen Vortheil angestrebt habe, weil die Bedrohung mit einer Kriminalstrafe keine Anfechtung wegen Zwanges begründe, und weil der Abschluß des Vergleichs nicht auf die Drohung zurückzuführen sei. Alle drei Entscheidungsgründe verwirft das R.G. durchaus sachgemäß. Ein Recht auf Ersatz der an die andern Miteigenthümer ausbezahlten Summe hätte die Feuerkasse gegen den Beklagten höchstens dann gehabt, wenn ihr die Schadensklage gegen den Brandstifter von jenen übertragen gewesen wäre; darüber ist aber nichts festgestellt. Ferner kann als Androhung eines beachtens-

werthen Uebels auch diejenige einer Strafanzeige, ja eines den guten Ruf beschädigenden Civilprozesses nach heutigen Anschauungen sehr wohl gelten. Dies nimmt sowohl die Theorie (Dernburg, Pand., I § 103 Anm. 9, Regelsberger, Pand. I § 144 Anm. 9), als auch die Praxis immer allgemeiner an, vgl. die Nachweise bei Regelsberger, besonders des R.G. bei Seuff. Arch. XLII Nr. 12 und des O.L.G. Hamburg selber das. XLVIII Nr. 168! Im gegebenen Falle aber war dem Beklagten sogar mehrjähriges Zuchthaus angedroht worden, obwohl eine vorsätzliche Brandstiftung desselben ganz und gar nicht feststand, und die Androhung von Zuchthaus stellt Verlust der Ehre und der Freiheit gleichzeitig in Aussicht, also Folgen, die für viele gewiß in höherem Maße ein „maius malum" bedeuten, als z. B. leichte „verbera" (l. 3 § 1 D. quod met. csa 4, 2). Endlich schwebt die Annahme des O.L.G., daß der Beklagte den Vergleich vielleicht nicht aus Furcht, sondern aus Zweckmäßigkeitsrücksichten geschlossen habe, ganz in der Luft. Mit Recht ist daher das Urtheil des O.L.G. aufgehoben, und die Sache in die Berufungsinstanz zurückgewiesen worden.

Eine letzte, das Obligationenrecht und zwar die Haftung für Gehülfen betreffende, wichtige Entscheidung findet sich in XXXIII Nr. 36. Die Klägerin hatte dem Beklagten, welcher gewerbemäßig die Vermittlung von Handelsgeschäften betreibt, eine Dampferladung Mais zum Verkauf fest an die Hand gegeben, der Beklagte sich dann einer anderen Firma in Kopenhagen als Vermittlerin bedient, diese aber durch unrichtige Aufgabe von Bedingungen gegenüber dem Käufer es verschuldet, daß das Geschäft sich zerschlug. Es fragt sich nun, ob der Beklagte der Klägerin auf Ersatz ihres Schadens haftet. Nach den Grundsätzen des Mandats gewiß nicht, da er selbst kein Verschulden bei der Auswahl seiner Ge-

hülfen begangen hat. Allein das R.G. erwägt mit Recht in Uebereinstimmung mit dem O.L.G. Hamburg, daß der Beklagte hier vielmehr nach Art eines conductor operis sich nicht zu einzelnen Handlungen, sondern zur Herstellung eines Ergebnisses im Ganzen verpflichtet, daher auch Hülfspersonen auf seine eigne Gefahr angenommen habe. In der That ist hier der Vertrag, wenn auch nicht als locatio conductio operis, so doch in dem Sinne geschlossen worden, daß der Beklagte die Vermittlung des Verkaufs als universitas consummationis besorgen und bei der Ausführung im einzelnen völlig freie Hand haben sollte. Wenn man daher mit dem R.G. den conductor operis für das Verschulden seiner Gehülfen einstehen läßt (Urtheil vom 21. Juni 1883 bei Seuff. Arch. XXXIX Nr. 11, dessen Gründe in dem hier fraglichen Erkenntniß wörtlich wiederkehren), so muß man gewiß in einem Falle von der Art des hier vorliegenden den Unternehmer ebenso behandeln, wofür das R.G. sich mit Recht auf seine früheren Entscheidungen bei Bolze, VI (soll heißen II) Nr. 610, 920, und XII Nr. 256 beruft. Das römische Recht würde hier einen Innominatkontrakt (do ut facias) angenommen haben und enthält keinesfalls einen der obigen Behandlung entgegenstehenden Ausspruch; dem modernen Rechtsbewußtsein entspricht die letztere zweifellos (vgl. Unger, Handeln auf eigne Gefahr, 2. Aufl. VII S. 53).

Von erheblich geringerem Interesse, als die obligationenrechtlichen Entscheidungen, sind die das Sachenrecht betreffenden. Die beiden vom R.G. ausgesprochenen Sätze, daß das sog. Stockwerkseigenthum in Deutschland nur da gelte, wo es partikularrechtlich anerkannt sei (XXXI Nr. 34), und daß wegen Störung im Besitz eines Beholzungsrechts das interdictum uti possidetis auch auf Ersatz des aus der Störung erwachsenen Schadens gehe, wenigstens

soweit diese auf Verschulden des Beklagten beruhte (XXXI Nr. 37) — werden schwerlich auf Widerspruch stoßen. Um so bedenklicher ist die Behauptung (XXXIII Nr. 34 und Nr. 6 S. 30), daß, wenn der Kläger eine Sache vom Besitzer vindizirt und dieser Miteigenthum an derselben zur ideellen Hälfte nachweist, dem Kläger die Sache auch nicht zur anderen Hälfte zugesprochen werden könne. Das R.G. meint, gegenüber der in der Klage verlangten Herausgabe der Sache sei die Einräumung des Mitbesitzes „nicht etwa (!) ein bloßes minus, sondern etwas spezifisch anderes", wie denn „auch in l. 72 pr. D. d. V. O. 45, 1 die stipulatio fundum tradi unter den auf etwas Untheilbares gerichteten aufgeführt werde". Diese Begründung muß Wunder nehmen. Wenn Eigenthum und Besitz ideell theilbar sind, so wird doch wohl ein Theil dieser Rechte dem ganzen ebenso gleichartig sein, wie in aller Welt der Bruchtheil es dem Ganzen ist, aus dem man ihn nur in Gedanken ausscheidet. Darum heißt es ja auch bei Gai. IV 53, daß re plus petitur, si is cuius ex parte res est, totam eam suam esse intenderit; also muß umgekehrt das Miteigenthum im Verhältniß zum Alleineigenthum recht eigentlich „minus" sein! Endlich die l. 72 pr. bezog sich, wie wir jetzt wissen (Lenel, Paling. no. 643), nur darauf, daß die durch die lex Furia (Gai., III 121) für sponsores et fide promissores gewährte Theilung der Bürgschaftsschuld „in tot partes, quot erunt numero eo tempore, quo pecunia peti potest", nicht auch bei obligationes faciendi 2c. stattfinden sollte. Dagegen lag es dem Verfasser jener Stelle, Ulpian, ganz fern, bei Obligationen auf das dare einer species die Theilung derselben unter Miterben (l. 54 pr. D. de V. O. 45, 1) oder die Möglichkeit einer Theilerfüllung (l. 9 § 1 D. de sol. 46, 3) auszuschließen, und noch weniger dachte er daran, die Klagen auf einen fundus und auf eine pars eius pro indiviso für

ungleichartig zu erklären (l. 7 pr. D. de exc. rei iud. 44, 2). Das R.G. müßte folgerichtig dem von ihm abgewiesenen Kläger eine neue Klage aus dem Miteigenthum auf Einräumung des Mitbesitzes zur ideellen Hälfte gestatten und die dawider vorgeschützte exceptio rei iudicatae verwerfen! Wie wollte es dies wohl rechtfertigen gegenüber der l. 7 pr. cit.?

Auch die familienrechtlichen Entscheidungen können hier kurz abgemacht werden. In XXXII Nr. 44 klagt eine uneheliche Mutter gegen den Vormund ihres Kindes auf Herausgabe desselben, nachdem das Obervormundschaftsgericht ihrem Antrage entgegen das Verbleiben des Mündels bei dem vom Vormund gewählten Erzieher beschlossen hat. Mit Recht führt das R.G. aus, daß die Mutter den vom Obervormundschaftsgericht innerhalb seiner Zuständigkeit gefaßten Beschluß nur in dem für die freiwillige Gerichtsbarkeit geltenden Instanzenzug anfechten könne, dagegen ein im bürgerlichen Rechtsstreit verfolgbares Privatrecht auf Erziehung des Mündels nicht habe. Hiernach mußte die Klägerin, ebenso wie in dem Falle bei Seuff. Arch. XXV Nr. 172, aus dem prozeßhindernden Grunde der Unzulässigkeit des Rechtsweges abgewiesen werden; es scheint auch, daß das R.G. so erkannt hat.

Eine eigenthümliche Kollision der Rechte zeigt der Fall in XXXIII Nr. 40. Ein unmündiges uneheliches Kind war zunächst von einem Dritten adoptirt, dann aber durch Ehe seiner Eltern legitimirt, und nunmehr auf seine Herausgabe von dem leiblichen gegen den Adoptivvater geklagt worden. Man wird mit dem R.G. die Klage verwerfen müssen. Denn die römischen Stellen, welche an die Legitimation Entstehung der väterlichen Gewalt knüpfen, setzen offenbar ein bis dahin gewaltfreies Kind voraus, und als Erlöschungsgrund der durch Adoption begründeten Gewalt wird die Legitimation in den

Quellen nirgends anerkannt. Man könnte für den Kläger höchstens einen natürlichen Vorzug des ehelichen Vaters vor dem Wahlvater geltend machen; aber ein solcher Vorzug vermöchte doch das wohlerworbene Recht des Adoptivvaters nur dann aufzulösen, wenn die Ehelichkeit von der Legitimation zurückdatirt würde auf den Zeitpunkt der Geburt, und für diese Rückziehung fehlt es an jedem Anhalt. Der legitimirende Vater erscheint daher von der väterlichen Gewalt als durch eine Art Prävention des Adoptivvaters ausgeschlossen.

Eine Schenkung unter Ehegatten ist in Frage in dem Falle XXXIII Nr. 35. Der Ehemann der Klägerin hat auf deren Wunsch mit ihrem Gelde eine Veranda und einen Weinkeller an sein Haus angebaut. Nach seinem Tode fordert die Witwe das Geld von seiner Tochter erster Ehe als der alleinigen Erbin zurück, und auf die Einwendung der Beklagten, daß der Anbau nur gegen die von der Klägerin vorher erklärte Uebernahme der Kosten erfolgt sei, replizirt sie, daß dann eine ungültige Schenkung unter Ehegatten vorliegen würde. Während in erster Instanz auf einen Eid der Klägerin über die Uebernahme der Kosten erkannt war, hat das O.L.G. Hamburg die Beklagte auf Grund der Replik ohne weiteres zur Herausgabe der ganzen für den Bau verwendeten Summe verurtheilt. Mit Recht aber hat das R.G. dieses Urtheil aufgehoben. Denn abgesehen davon, daß auch im Falle einer Schenkung die Klägerin nicht einfach das Gegebene, sondern nur die durch den Anbau erzielte Bereicherung des Beschenkten zurückfordern könnte, ist der Schenkungscharakter des der Klage zu Grunde liegenden Geschäfts noch keineswegs klargestellt. Das R.G. erwägt, daß, wenn, wie die Beklagte behauptet, ihr Erblasser die Ausführung des von der Klägerin gewünschten Baues nur gegen deren Versprechen, die Kosten desselben zu tragen, übernahm, dadurch ein gegenseitiger obligatorischer Ver-

trag zu Stande gekommen sein würde. Dieser Rechtsauffassung ist beizutreten. Da nicht bloß die Klägerin, sondern auch ihr Ehemann ein Interesse an dem Bau hatte, so liegt in der That die Annahme eines Innominatkontrakts mit beiderseitiger Verpflichtung (do ut facias) näher, als die eines Mandats, an das man sonst auch denken könnte. Daß dabei die Leistung des Ehemannes zugleich auch ihm — dem Leistenden — selbst zu gute kam, ebenso wie es beim mandatum mea et tua gratia der Fall ist, nöthigt noch keineswegs zur Annahme einer Schenkung. Wenn in l. 13 § 2 D. de don. int. vir. 24, 1 das datum ad villam exstruendam als Schenkung behandelt wird, so ist dabei eben die Absicht des Gebers, den Empfänger zu bereichern, vorausgesetzt. Uebrigens gilt für uns h. z. T. doch noch mehr als für die Römer das Gebot, daß das ius prohibitae donationis non amare nec tanquam inter infestos tractandum est (l. 28 § 2 D. eod.). Um so entschiedener ist daher dem R.G. zuzustimmen, wenn es in diesem Falle nicht ohne weiteres eine ungültige Schenkung angenommen, sondern zur Feststellnng der von der Klägerin erklärten Kostenübernahme die Sache an das O.L.G. zurückverwiesen hat.

Es bleiben zum Schluß noch einige erbrechtliche Urtheile zu besprechen. Zwei derselben betreffen den Umfang der im Testamente vorbehaltenen Kodizillarbefugniß. In dem einen Falle (XXXI Nr. 36) waren in dem korrespektiven Testament von Eheleuten die Kinder derselben zu Erben des ganzen Nachlasses mit Theilung nach gesetzlicher Vorschrift berufen, daneben aber ausgesprochen, daß „etwaige Beilagen, die einer der Ehegatten dem Testamente hinzufügen würde, ebenso rechtsgültig sein sollten, als wenn ihr Inhalt in das Testament aufgenommen wäre“. Auf Grund dessen hatte der längstlebende Ehemann in einer vor Notar und zwei Zeugen

errichteten Testamentsbeilage von den sieben Kindern fünf unbeschränkt, zwei aber nur auf den Pflichttheil zu Erben berufen und die entgegenstehenden Bestimmungen des früheren Testaments aufgehoben, zugleich aber die Kodizillarklausel hinzugefügt. Das O.L.G. Kiel hat nun nicht bloß die Testamentsbeilage als Kodizill, sondern auch die darin verfügte Aenderung der testamentarisch bestimmten Erbportionen für gültig erklärt: denn — sagt es — der Erblasser hätte ja im Kodizill unzweifelhaft die zwei Kinder in Höhe des den Pflichttheil übersteigenden Antheils ihrer Erbportion zu Gunsten der andern mit Vermächtnissen belasten können; folglich muß dieselbe Rechtsform auch für die direkte Aenderung der Erbquoten genügen. Das R.G. dagegen erklärt es für unerheblich, ob auf indirektem Wege (durch Vermächtnisse) die gewollte Beschränkung auf den Pflichttheil zu erreichen gewesen wäre; durch diese Möglichkeit werde „das dem Kodizille grundsätzlich verschlossene Gebiet (der Erbtheilsbestimmung) nicht erweitert" (soll wohl heißen: „erschlossen", „freigegeben" od. dgl.), und nach § 2 J. de cod. 2, 25 könne codicillis hereditas neque dari neque adimi, ne confundatur ius testamentorum et codicillorum. Welchem der beiden Gerichte ist beizutreten? Uns erscheint die Entscheidung des R.G. doch recht formalistisch. Schon bei den klassischen Juristen ist es eine feststehende benigna interpretatio (l. 78 D. ad SC. Treb. 36, 1), daß die in Kodizillen erklärte datio hereditatis durch Umdeutung in ein Fideikommiß aufrecht erhalten wird; vgl. außer l. 2 § 4 D. de iure cod. 29, 7 den unserem Falle ganz ähnlichen in l. 37 § 2 D. de leg. III, wo der Erblasser im Kodizill erklärt hat: Maevium, quem in testamento pro parte dimidia heredem institui, eam partem hereditatis veto accipere; cuius in locum partemve Sempronium heredem esse volo, und der Jurist darauf hin dem S. eine

Fideikommißklage gegen M. gewährt. In demselben Sinne entscheidet l. 2 C. de cod. VI, 36, und Justinian selbst hat in der vom R.G. angeführten Stelle hinzugefügt, daß nur directo hereditas codicillis neque dari neque adimi potest, dagegen per fideicommissum hereditas codicillis iure relinquitur. Ist es nicht danach geboten, auch die kodizillarische Beschränkung zweier Testamentserben auf den Pflichttheil als ein Vermächtniß des ihnen im Testament gewährten Mehrbetrages zu Gunsten der übrigen Miterben aufrecht zu erhalten? Wir stehen nicht an, diese Frage zu bejahen, und würden daher für den gegebenen Fall, die formelle Gültigkeit des Kodizills vorausgesetzt, im Resultat ebenso erkennen, wie das O.L.G. Nur die Formulirung, daß wegen der indirekten Erreichbarkeit des angestrebten Ziels auch für die direkte Abänderung der Erbportionen, die Kodizillarform genügen müsse, — möchten wir uns nicht aneignen.

Mehr Beifall, als die eben kritisirte Entscheidung des R.G., verdient die andere in XXXI Nr. 33. Ein Testator hat sich vorbehalten, „Zusätze und Aenderungen" zu seinem Testament in Kodizillen hinzuzufügen, und darauf hin in einem formlosen Nachzettel der Witwe A. statt der ihr vermachten Obligation über 500 Dollars „ihrer drei Kinder wegen" den Nießbrauch an einer solchen über 1000 Dollars zugewendet. Das Nießbrauchsvermächtniß ist offenbar ungültig; denn der Nachzettel gilt weder als Kodizill, weil er der gebotenen Form entbehrt, noch als mystische Verfügung, weil er nicht eine bloße Ergänzung, sondern die Abänderung einer testamentarischen Bestimmung enthält. Zweifelhaft ist nur, ob nicht in dem ungültigen Nießbrauchsvermächtniß eine Zurücknahme des früheren Substanzvermächtnisses zu finden ist. Aber mit Recht verneint dies das R.G., weil bei einer im Interesse des Bedachten erfolgten Aenderung des Vermächtnisses, wie sie hier

vorliegt, der Wille, das frühere zurückzunehmen, nur so weit reicht, als das neue an Stelle desselben hat in Kraft treten können.

In XXXI Nr. 41 hat ein Erblasser im Testament den gesammten Erbtheil eines Sohnes zu Gunsten der gesetzlichen Erben desselben mit einem Fideikommiß belastet, eine Pflegschaft über den Erbtheil angeordnet und die cautela Socini hinzugefügt. Der Sohn hat das Testament anerkannt, die Erbschaft unbedingt angetreten und auf den Pflichttheilsanspruch verzichtet. Dies ficht einer seiner Gläubiger als betrügliche Veräußerung an; er ist aber in allen drei Instanzen abgewiesen worden. Das O.L.G. Stuttgart führt als Grund an, daß die Belastung des Pflichttheils durch den Erblasser eine partielle Enterbung in guter Absicht und darum gültig sei. Aber das R.G. bemerkt dagegen mit Recht, daß das Testament dem Sohne die Wahl lasse zwischen dem Erbtheil mit Belastung und dem Pflichttheil ohne solche, mithin keine Enterbung enthalte. Das R.G. selbst findet den Entscheidungsgrund in der Einheit des Akts, durch den der Sohn in Ausübung seines Wahlrechts den Erbtheil angenommen und den Pflichttheil abgelehnt habe. Indessen ist doch durch die Erwägung, daß der Pflichttheil nicht erst erworben und dann wieder veräußert sei, die Sache noch nicht entschieden, da man bekanntlich streitet, ob nicht auch Zurückweisung eines Erwerbes der Anfechtung unterliege (Cosack, Anfechtungsrecht, S. 66, Dernburg, Pand. II § 146 Anm. 7). Für entscheidend halten wir, daß das dem Pflichttheilsberechtigten durch die cautela Socini eingeräumte Wahlrecht ein höchst persönliches und nicht durch ein Gebot der Rücksichtnahme auf seine Gläubiger beschränkt ist. Nach dem Sinne einer solchen alternativen Zuwendung soll lediglich der Bedachte selbst ermessen, ob ihm der belastete Erbtheil oder der Pflichttheil vortheilhafter erscheint,

und es wäre unbillig, wenn seine Wahl des einen darum angefochten werden könnte, weil den Interessen dritter Personen die Wahl des anderen mehr entsprochen hätte.

Zu den wichtigsten Erkenntnissen gehört dasjenige in XXXII Nr. 39, wodurch für das gemeine und für das preußische Recht dem Testamentsvollstrecker, gegenüber einem Angriff der Intestaterben auf das Testament, die Aktiv- und Passivlegitimation (in Ermangelung besonderer testamentarischer Bestimmungen) abgesprochen, und demgemäß sowohl die Klage eines solchen auf Feststellung der Gültigkeit des Testaments als auch die Widerklage der Intestaterbin auf Feststellung der Ungültigkeit desselben zurückgewiesen ist. Zur Begründung führt das R.G. aus, daß der Testamentsvollstrecker nicht als Vertreter des Erblassers oder der Erben anzusehen sei, sondern selbständige Rechte und Pflichten ausübe, die ihm durch das Testament zwecks Ausführung des letzten Willens übertragen seien, daß er aber eben nur soweit, als dieser Zweck es erfordere, zu handeln befugt, und darum Ansprüche der Intestaterben auf den Nachlaß weder von ihm, noch gegen ihn zum Austrag zu bringen seien. Diese Ansicht sei von den meisten der früheren obersten Gerichtshöfe und auch vom R.G. selbst (in einer ungedruckten Entscheidung) für das gemeine Recht befolgt worden, und ebenso auch für das preußische Recht anzunehmen. Nur durch besondere Bestimmung des Testaments könne der Vollstrecker desselben auch die Befugniß zur Führung solcher Streitigkeiten erhalten, eine derartige Bestimmung aber sei im gegebenen Falle nicht vorhanden. Allein wenn diese Ansicht auch in der Praxis überwiegen mag, so ist sie doch nicht zu billigen. Gerade wenn man mit dem R.G. als Aufgabe des Testamentsvollstreckers die Ausführung des letzten Willens betrachtet, so muß man dazu doch an erster Stelle die Aufrechterhaltung desselben gegen Angriffe rechnen.

Das war ja auch geschichtlich gerade der Ausgangspunkt des Instituts, daß der Treuhänder die Verfügungen des Bestellers gegen die gesetzlichen Erben durchsetzen sollte (Gierke, Verhandlungen des 21. Juristentages III S. 226, Dernburg, Pand. 4. Aufl. III § 125 S. 252 u. 254). Demgemäß ist denn auch für das heutige (preußische) Recht in dem vortrefflichen Plenarbeschluß des R.G. (XXV Nr. 62) angenommen werden, daß der Testamentsvollstrecker einzelne Verfügungen des Erblassers, selbst wenn kein Dritter an denselben ein Interesse hat, zur Geltung bringen und prozessualisch vertheidigen kann. Umsomehr muß er dazu in Bezug auf die Gesammtheit der letztwilligen Verfügungen, das Testament, befugt sein, und zwar nach gemeinem Recht ebenso, wie nach preußischem. Mit Recht sagt Brunner (Verh. d. 21. Juristent. III S. 244), daß die Stellung des Testamentsvollstreckers auf einer eigenartigen Willenssubstitution von Seiten des Erblassers beruhe, woraus denn seine Befugniß, als Hüter des letzten Willens aufzutreten, von selbst folgt. Auch das Interesse der Intestaterben erfordert die Zulassung ihrer hereditatis petitio gegen den Testamentsvollstrecker: denn dieser wird regelmäßig den Nachlaß in Händen haben, und ihre Klage gegen die Testamentserben würde wegen der Unabhängigkeit des Vollstreckers von den letzteren ihm gegenüber keine Wirkung haben. Ein Bedenken gegen die Sachlegitimation des Testamentsvollstreckers liegt allerdings darin, daß die ihm gegenüber ergangene Entscheidung nicht ohne weiteres auch für die Testamentserben bindend sein, und daher ein zweimaliger Streit um die Gültigkeit des Testaments geführt werden kann. Allein diesem Uebelstand ist einfach dadurch vorzubeugen, daß von vornherein der Testamentsvollstrecker und die Testamentserben gemeinsam klagen, bezw. beklagt werden, oder daß, wenn dies nicht geschehen ist, durch Streitverkündigung oder Intervention die

nachträgliche Theilnahme des einen bezw. der anderen am Prozesse herbeigeführt wird! Für die Sachlegitimation des Testamentsvollstreckers zum Streit über die Gültigkeit des Testaments haben sich denn auch neuerdings zahlreiche Stimmen erhoben; so z. B. unter den Romanisten außer Dernburg, a. a. O. auch Köppen, Lehrbuch des Erbrechts, § 87 Anm. 1, unter den Germanisten außer Beseler, System I § 148 auch Gierke, a. a. O. S. 231 a. E., unter den Praktikern Sturm, Jahrb. f. Dogm. XX S. 139/40. Von den Gerichten aber haben namentlich die Hamburgischen beständig in diesem Sinne erkannt (vgl. die Nachweise in der Hanseat. Gerichtszeitung. Jahrg. XV, Civilr. Fälle S. 163 Spalte 1 a. E.), ohne daß, wie es heißt, „jemals der Einwand fehlender Legitimation erhoben worden wäre", und diese Hamburgische Praxis hat auch das R.G. selbst (Entsch. IX S. 211 = Seuff. Arch. XXXIX Nr. 223) ausdrücklich gebilligt. Hiernach hatte denn im gegebenen Falle das O.L.G. Celle guten Grund, auf die beiden vom Testamentsvollstrecker und wider ihn angestellten Klagen über die Gültigkeit des Testaments sachlich zu entscheiden, und wenn das R.G. diese Entscheidung aufheben zu müssen glaubte, so wäre statt der Verweisung auf ein früher von ihm gefälltes, ungedrucktes Urtheil, wohl eine eingehende Begründung am Platze gewesen.

Zuletzt seien zwei Entscheidungen erwähnt, welche mit dem Erbrecht zugleich das internationale Privatrecht berühren. In XXXI Nr. 29 hat ein Erblasser, als er seinen Wohnsitz in Hamburg hatte, einen nach dortigem Recht nichtigen Vermächtnißvertrag abgeschlossen, dann aber einen neuen Wohnsitz im Gebiet des gemeinen Rechts begründet und bis zu seinem Tode behalten. Mit Recht und im Einklang mit der herrschenden Meinung ist angenommen, daß die bloße Verlegung des Wohnsitzes den Vertrag nicht gültig gemacht

habe, vielmehr eine Verfügung von Todeswegen sowohl dem letzten Personalstatut des Erblassers, als auch dem zur Zeit ihrer Errichtung maßgebend gewesenen entsprechen müsse. Vgl. auch Regelsberger, Pand. I § 46 S. 183, Gierke, D. Privatr. I § 26 S. 246. — In XXXI Nr. 40 (= Seuff. Arch. IL Nr. 72) handelt es sich um die Intestaterbfolge in den Nachlaß eines 1890 in Homburg verstorbenen reichen Sonderlings, Breßler, der von Geburt Deutscher (Hesse) war, dann in St. Louis (Missouri) seinen Wohnsitz begründet, diesen aber wieder aufgegeben und die letzten dreißig Jahre bis zu seinem Tode in Deutschland gelebt hatte, jedoch immer nur in Gasthöfen und ohne einen neuen Wohnsitz zu nehmen, weil es sein Bestreben war, nirgend Steuern zu entrichten! Bei der Erbfolge beanspruchen nach gemeinem Rechte (nov. 127), als dem Rechte des letzten Aufenthalts, Geschwisterkinder des Erblassers den Vorzug von Geschwisterenkeln, welche nach dem Rechte des letzten Wohnsitzes im Staate Missouri mit jenen gleichberechtigt sind. Mit Recht und wieder im Einklang mit der herrschenden Meinung (Gierke, a. a. O. § 26 Anm. 4) erklärt das R.G. das Recht des letzten Wohnsitzes für maßgebend. Das etwas sonderbare Ergebniß, daß danach ein in Deutschland Verstorbener, der von Geburt und bei seinem Tode Deutscher war, trotzdem nach amerikanischem Rechte beerbt werden kann, entspringt eben aus der Absonderlichkeit des Erblassers, der dreißig Jahre in seiner Heimath lebte und doch aus Steuerfurcht keinen Wohnsitz daselbst begründete! Indessen wird man sich mit diesem Ergebniß um so eher versöhnen, weil durch dasselbe Justinian's willkürliche Ausschließung der Geschwisterenkel zu Gunsten von Geschwisterkindern im gegebenen Falle unanwendbar gemacht wird.

---

## Nachtrag zu c) Körperschaftliche Rechtsverhältnisse.

(Siehe oben S. 189.)

Besprochen von Professor Dr. Kipp in Erlangen.

### Mitgliederrechte in Unterstützungsvereinen — Unmöglichwerden einer Bedingung. — Urtheil des VI. Civilsenats des Reichsgerichts v. 12. April 1894. Entsch. XXXIII Nr. 38.

1) Der Unterstützungsverein für Buchdrucker und Schriftgießer in Württemberg (W.U.V.) hat den Zweck, seine Mitglieder in Invaliditäts- und Sterbefällen zu unterstützen. Den Mitgliedern und deren Witwen und Waisen ist statutenmäßig ein Rechtsanspruch auf gewisse Unterstützungen gegen Leistung der statutenmäßigen Beiträge zugesichert. Bedingung der Mitgliedschaft ist Zugehörigkeit zum Allgemeinen deutschen Buchdruckergehilfenverein. Dieser Verein, zu welchem der W.U.V. in einem alten Kartellverhältniß steht, hat verschiedene Wandlungen durchgemacht und verschiedene Namen geführt. Nachdem er zuletzt als Unterstützungsverein deutscher Buchdrucker (D.U.V.) ein mit preußischer Staatsgenehmigung ausgestattetes Statut vom Jahre 1888 gehabt hatte, beschloß im Juli 1892 eine außerordentliche Generalversammlung die Umwandlung des Vereins in einen „Verband der deutschen Buchdrucker" (V.D.B.) mit neuen, von den alten wesentlich abweichenden Statuten, welche insbesondere eine andere Stellung zu den Prinzipalen einnehmen und den von dem D.U.V. den Mitgliedern zugesicherten Unterstützungen den Charakter rechtlicher Ansprüche nehmen.

Aus diesem Anlaß revidirte auch der W.U.V. im Dez. 1892 seine Statuten. Beschlossen wurde nun, daß Mitglied des W.U.V. nur sein und bleiben könne, wer dem V.D.B. angehöre.

Die 44 Kläger, Mitglieder des W.U.V. und des D.U.V.,

welche dem V.D.B. nicht beigetreten sind, haben in der Generalversammlung diesem Beschluß widersprochen, auch nachträglich protestirt gegen die Anwendung der Bestimmung auf sie, daß mit dem freiwilligen oder unfreiwilligen Ausscheiden aus dem W.U.V. alle Ansprüche an das Vereinsvermögen, auch auf Rückzahlung der geleisteten Beiträge verloren gehen.

Die Vereinskasse hat aber auf Weisung des Vorstandes die Annahme weiterer Beiträge der Kläger verweigert, und hierdurch ist deren Ausschluß aus dem W.U.V. kundgegeben. Hierauf wurde die Klage erhoben auf Feststellung der andauernden Mitgliedschaft der Kläger und der Verpflichtung des W.U.V., den Klägern gegen fernere Entrichtung der statutenmäßigen Beiträge die statutenmäßigen Unterstützungen eintretenden Falles zu gewähren. Ob die Kläger mit dem Antrage auf Feststellung ihrer andauernden Mitgliedschaft noch etwa weiteres als die Rechte auf Unterstützungen, z. B. Anerkennung ihres Stimmrechtes in den Vereinsversammlungen, wirklich in Anspruch nehmen wollten, muß dahin gestellt bleiben; das Urtheil handelt nur von ihren Unterstützungsansprüchen, und es kann daher auch nur auf diese im Folgenden eingegangen werden.

Die Kläger behaupten, daß der D.U.V. untergegangen, der V.D.B. ein neuer Verein von wesentlich anderem Charakter als der D.U.V. sei, und daß deshalb dem W.U.V. nicht das Recht zustehe, den Klägern wider ihren Willen die neue Bedingung der Mitgliedschaft im V.D.B. aufzuerlegen.

Das Reichsgericht hat mit beiden Vorinstanzen zu Gunsten der Kläger erkannt. Seiner Argumentation wird man in den meisten Punkten beitreten müssen; aber sie bleibt einem entscheidenden Einwand ausgesetzt. Wenn die Zugehörigkeit zum D.U.V. Bedingung der Mitgliedschaft im W.U.V. war, der D.U.V. aber aufgehört hat, zu existiren, so wird es auch wahr sein, daß der W.U.V. seinen Mitgliedern nicht an Stelle

der alten, unmöglich gewordenen Bedingung eine neue, nämlich die der Mitgliedschaft in einem neuen Verein von anderem Charakter auflegen konnte.

Aber es erhebt sich eine ganz andere Frage, ob nicht durch das Unmöglichwerden der alten Bedingung die Mitgliedschaft sämmtlicher Mitglieder des W.U.V., also auch der Kläger, erlosch, und der W.U.V. von selbst aufgelöst wurde, die sog. Statutenrevision vom Jahre 1892 also vielmehr als eine neue Vereinsgründung aufgefaßt werden mußte. An dieser Frage, von der die ganze Entscheidung abhängt, ist das Reichsgericht vorübergegangen.

2) Die erste Grundlage der getroffenen Entscheidung ist, daß Mitgliederrechte der hier fraglichen Art, die Ansprüche der Kläger auf Invalidenunterstützung, Witwen- und Waisenunterstützung und Beitrag zu den Beerdigungskosten, gegen den Verein klagbare Rechte der einzelnen darstellen, die der Verein nicht wider den Willen der Berechtigten beeinträchtigen kann. Die Revision hatte geltend gemacht, daß die statutarischen Bedingungen der Mitgliedschaft so gut wie jede andere Statutenbestimmung abgeändert werden könnten, und sich dafür auf Laband in Hirth's Annalen 1874 S. 1502 berufen. Das Reichsgericht meint, es könne nicht angenommen werden, daß Laband einen allgemeinen Satz des von der Revision behaupteten Inhalts habe aufstellen wollen. Auch er wolle die wohlerworbenen Rechte schützen, und was ein solches sei, könne nur im Einzelfalle festgestellt werden. Richtiger wäre es gewesen, zuzugeben, daß man mit jenem Aufsatze Laband's allerdings zur Abweisung der Klage hätte kommen müssen, und die Entscheidung vielmehr darauf zu stützen, daß die bedeutenden und vielbeachteten Ausführungen dieses Aufsatzes inmittelst doch überholt sind.

Laband vertheidigte den Grundsatz, daß der Majoritäts-

beschluß alle Mitglieder mit gleichem Maße messen muß. Im Uebrigen nahm er zwei Arten von Rechten an. Zunächst solche, welche den Mitgliedern durch die Mitgliedschaft selbst, d. h. durch die Verfassung der Korporation um der Korporation willen gegeben sind. Dahin zählte er nicht nur die Rechte auf Theilnahme an der Korporationsverwaltung, sondern auch bei Aktien- und anderen Erwerbsgesellschaften das Recht auf Theilnahme am Gewinn. Diese Rechte sollten, insoweit Verfassungsänderungen der Korporation statutenmäßig zulässig, auch ihrerseits als bloße Folgen aus der Korporationsverfassung, abänderbar sein. Nur sollten solche Veränderungen keine rückwirkende Kraft haben, nicht Befugnisse, welche die Mitglieder nach Maßgabe der bisherigen Statuten erworben hätten, rückwärts vernichten können. Das Recht des Aktionärs auf Dividende hielt Laband für ein Mitgliedschaftsrecht, welches durch jeden das Statut abändernden Beschluß der verfassungsmäßigen Majorität getroffen, ja zeitweise vernichtet werden könne (z. B. durch Beschlüsse über Ansammlung eines Reservefonds und Aehnliches); dagegen könne der einmal festgestellte Anspruch auf die einzelne Dividende dem Aktionär nicht mehr entzogen werden.

In Gegensatz zu den Mitgliedschaftsrechten stellte Laband die Rechte von einzelnen Mitgliedern oder einzelnen Klassen von Mitgliedern, welche auf besonderen Bestimmungen der Statuten oder auf Rechtsgeschäften beruhen. Diese, Ausnahmsbefugnisse verleihenden oder ausnahmsweise von Leistungen und Lasten befreienden Sonderrechte sollten den Majoritätsbeschlüssen nicht unterliegen, sondern nur mit Zustimmung der Berechtigten geändert werden können.

Daß danach auch die Ansprüche aller Mitglieder eines Unterstützungsvereins auf die statutenmäßigen Bezüge im Wege gewöhnlicher Statutenänderung alterirt werden können, wäre kaum zu bezweifeln.

Die Theorie Laband's litt an dem Fehler, die Frage, ob ein Recht allen oder einzelnen zusteht, zur entscheidenden zu machen, statt auf die innere Natur des in Frage kommenden Rechtes zu sehen. Man kann nicht das Recht auf Dividende ebenso behandeln wie das Stimmrecht in der Generalversammlung, man kann wohl dieses, nicht aber jenes als ein dem Mitgliede um der Korporation willen zustehendes bezeichnen. Nicht bloß ist das Recht auf die einzelne festgesetzte Dividende unentziehbar, sondern auch das Mitgliedsrecht auf Dividende überhaupt ist dem Majoritätsbeschluß nur in gewissen Grenzen unterworfen. Dieser Gedanke bricht auch bei Laband eigentlich schon durch, indem er nur sagt, das Recht auf Dividende könne zeitweise vernichtet werden, und dabei nur Beschlüsse namhaft macht, welche im wirtschaftlichen Interesse der Korporation die Ueberschüsse anderen Zwecken vorbehalten.

Gegenwärtig ist man wohl ziemlich allgemein über die von Laband formulirten Prinzipien hinausgekommen.

Ausflüsse aus den Korporationsstatuten verdienen alle Mitgliederrechte genannt zu werden, welche auf den Statuten (und nicht auf besonderem Titel) beruhen, ohne Rücksicht darauf, ob die Statuten sie allen oder einzelnen Mitgliedern verleihen. Die Frage aber ist, inwieweit diese Ausflüsse aus den Statuten dem einzelnen Mitgliede gegenüber durch den Beitrittsvertrag unabänderliche Rechte werden, und dafür ist es von keiner entscheidenden Bedeutung, ob es sich um Rechte einzelner oder aller Mitglieder handelt. Jene Frage muß, wie dies auch meistens geschieht, nach dem Inhalt der in Betracht kommenden Rechte und nach dem Charakter der Korporation beantwortet werden, in welcher sie stattfinden [1]).

---

1) Die Grundanschauung Laband's scheint noch zu theilen Windscheid, Pand. B. 1 § 59 zu 6 a: der Satz, daß iura singulorum der

Stobbe[1]), auf welchen sich das Reichsgericht beruft, folgt dem Grundgedanken einer Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts[2]), wonach zu unterscheiden ist zwischen den Rechten der Mitglieder innerhalb der Korporation und ihren Rechten gegenüber der Korporation. Derselbe hatte übrigens schon vor Laband's Aufsatze[3]) gelehrt, daß die Vermögensrechte, welche die einzelnen Mitglieder einer privaten Korporation auf Grund der Statuten besitzen, durch Majoritätsbe-

Mitglieder durch Majoritätsbeschluß nicht aufgehoben werden können,' habe — abgesehen von den auf besonderem Titel beruhenden Rechten — den Sinn, daß durch Majoritätsbeschluß die Verfassung der Korporation nicht geändert werden könne. Es werden also die iura singulorum wie bei Laband als bloße Folgen aus der Verfassung der Korporation behandelt. Eine klare Begriffsbestimmung von der „Verfassung" der Korporation giebt übrigens Windscheid nicht. Daß die Verfassung schlechtweg durch Majoritätsbeschluß nicht geändert werden kann, wird nicht zugegeben werden können. Dernburg, Pand. I § 65 Nr. 4 giebt den Mitgliedern der Korporation ein Recht auf Mitgliedschaft und auf Theilnahme an Vermögensvortheilen und Verwaltung, soweit sie den Mitgliedern verfassungsmäßig oder statutarisch allgemein zukommt. Er fügt hinzu, nicht selten haben einzelne Genossen auch Sonderrechte bezüglich des Vermögens oder auch der Verwaltung. Diese Rechte seien scharf von bloßen Vergünstigungen zu unterscheiden. Vergünstigungen könne die Korporation einseitig, Sonderrechte nur unter Zustimmung des Sonderberechtigten aufheben oder mindern. Dernburg hält also wie Laband es für ein wesentliches Merkmal des Sonderrechts, daß es nur einzelnen zusteht. Er unterläßt indessen, zur Unterscheidung von Sonderrechten und Vergünstigungen Anleitung zu geben. Die allen Mitgliedern zustehenden Rechte hält Dernburg theilweise für dem Majoritätsbeschluß entzogen. Denn er lehrt § 65 Nr. 3, daß Aenderungen der Grundbestimmungen der Korporation bezüglich ihres Zweckes und ihrer Organisation der Einstimmigkeit bedürfen, weil jeder Korporationsgenosse ein Recht als Mitglied auf Erhaltung der Korporation in ihrem wesentlichen Bestande habe. Für Aenderungen der Verfassung im Einzelnen könne dies aber nicht gelten. Solche Einzeländerungen unterliegen also dem Majoritätsbeschluß. Auch hier wäre eine genauere Anleitung zur Auffindung der Grenze zwischen zulässigen und unzulässigen Veränderungen wünschenswerth.

1) Deutsches Priv.R. B. I (3. Aufl.) § 53 bes. S. 481 f.

2) Entsch. XXII Nr. 6 U. v. 6. IV 1877.

3) A. a. O. 1. Aufl. S. 351 f.

schluß nicht abgeändert werden können, wenn das Statut dies nicht vorbehalten hat.

Gierke, den das Reichsgericht weiter anführt[1]), beschränkt sich nicht auf den allgemeinen vom Reichsgerichte angezogenen Satz, die Möglichkeit der Konstituirung eines im Rechtswege verfolgbaren Rechtes auf Zulassung als Mitglied oder auf Beibehaltung der einmal erworbenen Mitgliedschaft, wie das Reichsgericht sagt, einzuräumen, als wenn das eine halb widerwillige Konzession wäre, sondern er vertritt die unentziehbaren Einzelrechte kräftig und zählt eine ganze Reihe von Fällen auf, in denen unverletzbare Sonderrechte für eine privatrechtliche Korporation charakteristisch und wesentlich sind. Er rechnet dahin die Vermögensantheile der Einzelnen bei Aktiengesellschaften, Gewerkschaften und anderen auf Werthquoten eines Gesammtvermögens gebauten Genossenschaften, sowie die mannichfachen individuellen Befugnisse, welche mit der Mitgliedschaft in den auf das Prinzip der Gegenseitigkeit gegründeten Wirthschaftsgenossenschaften verfassungsmäßig verknüpft sind[2]), und wird daher auch statutenmäßige Unterstützungsansprüche der hier fraglichen Art eben dahin zählen müssen. Auch mit den eingehenden Unterscheidungen Regelsberger's[3]) kommt man zu demselben Ergebnisse. Denn es handelt sich hier um selbstnützige Vermögensrechte, um „Sonderbezugsrechte" der Mitglieder, welche Regelsberger für unentziehbar erklärt. Neuestens hat K. Lehmann[4]) zunächst, aber nicht allein, für die Aktiengesellschaft das Prinzip aufgestellt: ein Satz des Statutes, der von fundamentaler

1) Genossenschaftstheorie S. 185 ff., 237 ff.

2) Vgl. auch Gierke, Deutsches Privatr. B. I § 65,37—41, § 68,53.

3) Pandekten B. I § 84.

4) Archiv f. bürgerl. R. B. 9 S. 297 ff. bes. S. 344 ff.

Wichtigkeit für den Beitretenden ist, kann ihm ohne seine Zustimmung nicht genommen werden. Lehmann hat hiermit den Beifall Gierke's[1]) gewonnen und gewiß mit Recht. Denn der Satz ist der zutreffende Ausgangspunkt, von welchem die Untersuchung des einzelnen Falles beginnen muß. Lehmann vertheidigt seinen Satz gegen den Einwand, daß derselbe keinen genügenden Maßstab für den konkreten Fall gewähre, indem er darauf hinweist, daß auch andere civilistische Prinzipien, z. B. die der Irrthumslehre, dem richterlichen Ermessen ähnliche Aufgaben der genaueren Ausgestaltung überlassen, wie das von ihm aufgestellte. Dies läßt sich nicht leugnen, aber die nähere Ausgestaltung jenes Prinzipes ist auch, wie Lehmann's Ausführungen für die Aktiengesellschaft zeigen, keineswegs ausschließlich dem Richter überlassen, sondern kann in weitem Umfange durch die genaue wissenschaftliche Betrachtung der einzelnen Arten von Korporationen geschehen.

Es ist aber für den gegenwärtigen Zweck nicht erforderlich, diese Frage weiter zu verfolgen; denn das Reichsgericht, welches ebenfalls den Standpunkt theilt, daß die Antwort individualisirend, insbesondere nach der Mannichfaltigkeit des Charakters und dem Zwecke der Korporationen gesucht werden muß, lehnt seinerseits ab, eine über den vorliegenden Fall hinausgehende Entscheidung zu treffen. Das Reichsgericht führt aus: „Durch ihren Beitritt zu dem verklagten Vereine, welcher erfolgte auf Grund bestimmter, insbesondere den Erwerb und den Verlust der Mitgliedschaft regelnder Statuten, sowie durch die Zahlung der statutenmäßigen Beiträge haben die Kläger gegen den Verein den Anspruch auf die in den Statuten bezeichneten Leistungen, auf Invalidenunterstützung, Witwen- und Waisen-

1) Deutsch. Priv.R. B. I § 68,53.

unterstützung und Beiträge zu den Beerdigungskosten, erworben. Dieser Anspruch ist ein ius quaesitum oder, wenn man den Ausdruck gebrauchen will, ein Sonderrecht[1]) vermögensrechtlicher Natur der Kläger (als Mitglieder) gegen den Verein, welcher nach heutiger Rechtsanschauung vermöge seiner besonderen Organisation als Subjekt der entsprechenden Verbindlichkeit anzusehen ist"[2]). Für gleichgültig wird dabei — mit Recht — erklärt, daß es sich um bedingte oder betagte Ansprüche handelt; denn die Entscheidung wird davon in der That nicht beeinflußt. Ferner wird mit Recht für gleichgültig erklärt, daß der W.U.V. nebenher auch ideale Zwecke verfolgt; in erster Linie sei er seit seiner Gründung ein Unterstützungsverein für gewisse in den Statuten vorgesehene Fälle. Es würde nicht einmal erforderlich gewesen sein, dieses Verhältniß zwischen den Unterstützungs- und den sonstigen Zwecken des W.U.V. zu betonen; auch wenn er nur nebenher Unterstützungsverein wäre, könnte die Entscheidung in Ansehung der Unterstützungsansprüche der Mitglieder keine andere sein.

Eine bedenkliche Begriffsunklarheit kommt nun aber in die Entscheidung durch den weiteren Zusatz, die Unterstützungsansprüche seien „zudem" vertragsmäßiger Natur und könnten als solche den Mitgliedern nicht im Wege der Statutenänderung, selbst wenn diese formell gültig beschlossen sei, entzogen werden. Worin liegt hier das Neue, zu dem früheren Hinzutretende? Der Vertrag, welchen der Senat im Auge hat, kann doch nur in dem Beitritt unter den Bedingungen der Statuten gefunden werden, und in der That kann wohl dem

---

1) Warum hat es Bedenken, diesen Ausdruck zu gebrauchen? Ius quaesitum verdiente diese Clausel eher.

2) Der Verein scheint also nicht als wirkliche juristische Person angesehen zu werden. Für das Folgende ist dies gleichgültig.

Akte der Gründung eines Vereines die Vertragsnatur mit Fug bestritten werden, dem Beitritt zu einem bestehenden Vereine aber nicht, und eben hierauf beruht die für den Verein verpflichtende Kraft des Beitritts. Glaubt man den Beitritt nicht als Vertrag auffassen zu sollen und die verpflichtende Natur desselben anders ableiten zu müssen, so käme es darauf an, wie dies geschieht. In keinem Falle aber gewährt der Beitritt erstens aus den und den Gründen unentziehbare Rechte und zweitens vertragsmäßige und deswegen unentziehbare Rechte.

Abgesehen von diesem Nebenpunkte aber wird die Auffassung des Reichsgerichtes heutzutage kaum einem Widerspruch ausgesetzt sein. Nur wird hinzugefügt werden müssen, daß Verschlechterungen der Stellung der Mitglieder, Erhöhung der Beiträge, Setzung neuer Bedingungen, Minderung der Leistungen des Vereins, insoweit und auf den Wegen erfolgen können, wie und auf welchen das zur Zeit des Beitritts gültige Statut solches dem Verein ausdrücklich oder nach sinngemäßer Auslegung vorbehält. Das Prinzip der Gleichbehandlung aller Mitglieder wird dabei zu wahren sein[1]), soweit nicht die maßgebenden Statuten Abweichungen davon vorbehalten haben.

---

1) Mit diesem Prinzip beschäftigen sich einige Urtheile des V. Senats in Sachen der statutenmäßigen Unterstützungsansprüche der Mitglieder von Knappschaftsvereinen. (2 Urtheile v. 6. II. 1884, Entsch. XI 60, 61 a b, und Urtheil v. 19. IV. 1890, Entsch. XXV Nr. 27.) Diese Urtheile beruhen allerdings auf dem preußischen Landrecht, ihre Erwägungen sind aber großentheils allgemein. Sie nehmen theils nach dem A.L.R. theils nach den in Frage kommenden Statuten an, daß die den Mitgliedern zustehenden Unterstützungsansprüche der Abänderung durch Statutenänderung unter Wahrung des Prinzips der Gleichbehandlung aller Mitglieder unterliegen. Die Art, wie die Urtheile dies Prinzip anwenden, kann aber nicht durchweg gebilligt werden. Das Prinzip ist gewahrt, wenn die Statutenänderung neue Vorschriften für Fälle trifft, in welche alle Mitglieder gleichmäßig kommen können, und diejenigen gleichstellt, welche in dem nach sach-

Der Senat stellt die hier fraglichen Ansprüche in Parallele mit dem Anspruch des Versicherten auf die Versicherungssumme bei Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit. Diese Parallele ist berechtigt.

Allerdings pflegt bei Unterstützungsvereinen wie der vorliegende gegen feste Beiträge Unterstützung nach festem Tarif gewährt zu werden, während bei Versicherungsgesell-

---

lichen Gesichtspunkten (und nicht nach persönlich willkürlichen Unterscheidungen) normirten gleichen Falle sind. Mit Recht hat daher das Reichsgericht in dem zweiten der oben angeführten Urtheile (XI 60, 61 b) für unwirksam gegenüber den bisherigen Mitgliedern eine neue Bestimmung erklärt, durch welche den Arbeitern dritter Klasse das Invalidengeld für den Fall versagt wurde, daß sie bei Aufnahme der Bergarbeit das 36. Lebensjahr bereits überschritten gehabt hätten. Schon die Beschränkung der Bestimmung auf die Arbeiter dritter Klasse ist hier bedenklich. Jedenfalls aber knüpft die neue Bestimmung nicht an einen Fall an, in welchen alle bisherigen Mitglieder gleichmäßig kommen könnten. Denn ob ein Mitglied bei Aufnahme der Bergarbeit über 36 Jahre alt gewesen war oder nicht, stand unabänderlich fest, und es traf daher die Bestimmung sicher nur einen bestimmten Theil aller bisherigen Mitglieder, und ist diesen gegenüber unwirksam, trotzdem sie auf einem sachlichen Gesichtspunkte (größere Gefahr der Invalidität bei solchen Mitgliedern, die erst spät Bergarbeit begonnen haben) beruhen mag. Dagegen ist mit dem Oberlandesgericht Hamm entgegen dem Reichsgericht in dem zuerst angeführten Urtheile (XI 60, 61 a) das Prinzip der Gleichheit für gewahrt zu halten, wenn ein neues Statut bestimmt, daß den Invaliden nur die Hälfte ihrer bisherigen Pension gezahlt werden soll, welche mehr als das Doppelte derselben auf einer anderen Zeche als derjenigen verdienten, welche sie bei Eintritt der Invalidität beschäftigt habe. Hier liegt ein Fall vor, in den sämmtliche Mitglieder gleichmäßig kommen können, je nach den Schicksalen, die die noch gesunden Mitglieder ebenso treffen können, wie sie den halb oder ganz Invaliden bereits betroffen haben. Ebenso erscheint, wie in dem obigen dritten Fall dasselbe Oberlandesgericht anders als das Reichsgericht angenommen hat, eine neue Statutenbestimmung des Inhalts zulässig, daß auf die Leistungen des Knappschaftsvereins der Betrag der von der Berufsgenossenschaft zu gewährenden Unfallrente gekürzt werden solle (XXV, 27), vorausgesetzt nur, daß alle Mitglieder des Knappschaftsvereins auch Mitglieder der Berufsgenossenschaft sind, was man als wahrscheinlich ansehen, freilich genau nicht wissen kann.

schaften jeder Versicherte durch besondere Vereinbarung die Höhe des ihm Zukommenden festsetzt. Dies macht aber keinen Unterschied für die Frage der Unentziehbarkeit der Rechte der einzelnen Mitglieder.

Denn ob der Verein gegen Beiträge, welche für alle Mitglieder gleich sind oder nach gleichem Maßstabe feststehen, gleiche oder tarifmäßig feststehende Leistungen zusichert, oder ob in dem Beitrittsvertrage die Höhe der Beiträge und die dafür zu gewährende Leistung des Vereins von Fall zu Fall festgesetzt wird, macht weder für die Natur der Beiträge noch für die der Leistungen des Vereins einen Unterschied. Der erkennende Senat nimmt daher mit Recht Bezug auf die Ausführungen des I. Senats in dem bekannten Streit der Gothaischen Lebensversicherungsgesellschaft mit einer Anzahl von Banktheilhabern über die Uebernahme des sog. Kriegsrisikos, durch welche die Banktheilhaber mit der Gefahr bedroht wurden, höhere Zuschüsse leisten zu müssen. Das Gericht ging davon aus, daß der Anspruch der Versicherten auf die Versicherungssumme weder aufgehoben noch geändert, aus einem betagten zu einem bedingten gemacht noch auch aus einem unveränderlichen zu einem abänderlichen gemacht, werden könne; auch könne der Grundsatz nicht geändert werden, daß die Versicherten Anspruch auf die Jahresdividende haben, d. h. auf denjenigen Theil der reinen Prämienüberschüsse, der zur Deckung der Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht erforderlich ist, und daß die Versicherten zu anderen Leistungen nicht verpflichtet sind als zu festen Jahresprämien und den Zuschüssen, die bei Erschöpfung der unvertheilten reinen Ueberschüsse erforderlich sind; dagegen bestehen nach dem Statute keine Ansprüche auf eine bestimmte Höhe der Dividende einerseits oder der Zuschüsse andererseits (S. 156 f.). Hieraus im Zusammenhalt mit

weiteren Bestimmungen der Statuten folgerte das Gericht die Rechtmäßigkeit des angefochtenen Beschlusses.

In dem hier vorliegenden Falle nun war offenbar in den alten Statuten die Möglichkeit, die Mitgliederstellung zu verschlechtern, nicht vorgesehen, sonst würde die beklagte Partei nicht unterlassen haben, sich darauf zu berufen. Die danach anzunehmende grundsätzliche Unantastbarkeit der Mitgliederrechte ist aber nicht als eine absolut starre Unveränderlichkeit der sie betreffenden Bestimmungen aufzufassen. Es ist vielmehr in Würdigung aller Umstände zu prüfen, ob eine beschlossene Statutenänderung wirklich eine Verschlechterung der Stellung der Mitglieder enthält, und auf diesen Standpunkt hat auch das Reichsgericht sich in seinen weiteren Erwägungen gestellt.

3) In diesen Erwägungen erscheint zunächst vollkommen richtig, den V.D.B. im Gegensatze zu dem D.U.V. als einen neuen Verein mit wesentlich anderem Charakter aufzufassen. Das Gericht stützt dies auf formelle und sachliche Erwägungen.

Nachdem der D.U.V. beschlossen hatte, sich in den V.D.B. „umzuwandeln", hat der D.U.V. sich auf Veranlassung der preußischen Behörden förmlich auflösen müssen. Auch hat der Vorstand des D.U.V. bekannt gemacht, daß den dem V.D.B. beitretenden Mitglieder des D.U.V. die zu diesem geleisteten Beiträge in Bezug auf etwaige Gewährung von Unterstützungen angerechnet werden sollten, damit also zu erkennen gegeben, daß es nach seiner Ansicht eines Beitritts zum V.D.B. für die Mitglieder des D.U.V. bedürfe, welcher nicht erforderlich gewesen sein würde, wenn der Verein derselbe geblieben wäre.

Die sachlichen Erwägungen sind doppelter Art. Einmal hatten in dem D.U.V. die Mitglieder Rechtsansprüche auf statutenmäßige Unterstützungen gegen statutenmäßige Beiträge gehabt; die Statuten des V.D.B. kennen nur freiwillige Unter-

stützungen des Vereins, über deren Höhe und Dauer der Verbandsvorstand entscheidet [1]). Hierin erblickt das Reichsgericht mit Recht eine wesentliche Veränderung.

Sodann aber hatten zwar der D.U.V. wie der V.D.B. gleichmäßig als Prinzip aufgestellt: Erzielung möglichst günstiger Arbeitsbedingungen auf gesetzlichem Wege. Während aber dabei der D.U.V. seinen Mitgliedern „strenge Aufrechterhaltung der mit den Prinzipalen getroffenen Vereinbarungen in Bezug auf Arbeitspreise und Arbeitszeit" vorgeschrieben und den Ausschluß eines Mitgliedes angedroht hatte, „wenn dasselbe dem jeweilig gültigen Tarife fortgesetzt zuwiderhandelt", ersetzte der V.D.B. die erstere Bestimmung durch die andere: strenge Durchführung und Aufrechterhaltung der vom Vorstande des Verbandes als maßgebend anerkannten Bestimmungen in Bezug auf Arbeitspreise und Arbeitszeit, und drohte den Ausschluß eines Mitgliedes an, „wenn dasselbe den statutenmäßigen Anordnungen des Verbandsvorstandes nicht Folge leistet" [2]). Mit Recht sieht auch hierin das Gericht eine wesentliche Abweichung in dem Charakter des D.U.V. Die scheinbare Gleichheit des gesetzlichen Weges darf nicht täuschen; der gesetzlichen Wege giebt es viele, und wenn auch die Bin-

1) Es ist keine Entscheidung nach einem billigen, vom Richter kontrolirbaren Ermessen gemeint. § 11 der Statuten schließt Klage und Rechtsanspruch ausdrücklich aus.

2) So nach der Darstellung des reichsgerichtlichen Urtheils. Wenn aber auch Kritik der thatsächlichen Grundlagen der Entscheidungen nicht zur Zuständigkeit derartiger Besprechungen wie die gegenwärtige gehört, so mag doch, da es sich um öffentlich zugängliche Quellen handelt, bemerkt werden, daß schon das Statut des D.U.V. von 1888 (Correspondent für Deutschlands Buchdrucker und Schriftgießer XXVI Nr. 69 Beilage) in § 7 den Ausschluß androht, wenn das Mitglied den Bestimmungen des Statuts und den statutgemäßen Anordnungen des Vereinsvorstandes nicht Folge leistet, und ferner, wenn es dem jeweilig gültigen Tarif fortgesetzt zuwiderhandelt.

dung der Mitglieder an die vom Verbandsvorstande als maßgebend anerkannten Bestimmungen über Arbeitspreise und Arbeitszeit an und für sich unverfänglich erscheint — von ihm anerkannte Bestimmungen müssen nicht identisch sein mit Bestimmungen, die er dekretirt — so wird doch durch den Gegensatz zu dem alten Statut klar, daß hier in verhüllter Gestalt eine wesentliche Verschiebung vorliegt, die Aufgabe des Prinzips, die Tarife mit den Prinzipalen zu vereinbaren.

Hierin liegt die wesentliche Veränderung in dem Vereinscharakter aber auch allein. Von einer übermäßigen Unterwerfung der Freiheit der Verbandsmitglieder unter die Gewalt des Verbandsvorstandes durch die Bestimmung, daß bei Meidung des Ausschlusses den statutenmäßigen Anordnungen des Verbandsvorstandes, also auch denen über Arbeitspreise und Arbeitszeit nachzukommen ist, sollte man nicht reden. Das Gericht nennt die fraglichen Bestimmungen des Statuts des V.D.B. solche, durch welche die Mitglieder hinsichtlich der Arbeit in volle Abhängigkeit vom Verbandsvorstande gesetzt, ihre individuelle Freiheit in der wichtigsten Beziehung geradezu aufgehoben wird. Hiergegen ist doch zu erinnern, daß es mit der individuellen Freiheit im D.U.V. auch nicht viel besser aussah [1]). Auch dort war denjenigen Mitgliedern der Ausschluß angedroht, welche dem jeweils gültigen Tarif fortgesetzt zuwiderhandeln würden. Dieser Tarif war auch ein solcher, welchen das einzelne Mitglied nicht für sich festsetzte, sondern bestand offenbar in den von Vereins wegen mit den Prinzipalen getroffenen Vereinbarungen über Arbeitspreise und Arbeitszeit, deren strenge Aufrechterhaltung das alte Statut verlangt hatte. Schon damals war also das einzelne Mitglied in Bezug auf

---

1) Noch geringer würde der Unterschied bei Berücksichtigung der vorigen Note, die der Text aber absichtlich außer Acht läßt.

seine Arbeitszeit und die Preise seiner Arbeit von den Organen des Vereins in der Art abhängig, daß es sich bei Meidung des Ausschlusses an die von den Vereinsorganen getroffenen Abmachungen mit den Prinzipalen zu halten hatte, und wenn von dem neuen, so kann man auch von dem alten Statute sagen, daß es „die individuelle Freiheit in der wichtigsten Beziehung geradezu aufhebt".

Es kann aber nicht als allgemeiner Satz anerkannt werden, daß meine individuelle Freiheit unsittlich beschränkt ist, wenn ich das Handeln nach eigenem Ermessen selbst in wichtigen Dingen mit dem Ausschluß aus einem Vereine erkaufen muß, der andere Grundsätze vorschreibt. Wenn nach der Darstellung des Urtheils in den Statuten des V.D.B. statt des fortgesetzten Zuwiderhandelns schon das einfache Nichtfolgeleisten mit dem Ausschluß bedroht ist, so ist das zwar eine Verschärfung, aber keine solche von entscheidender Bedeutung. Wenn statt des Zuwiderhandelns gegen den — von Vereins wegen vereinbarten — Tarif dasjenige gegen die statutenmäßigen Anordnungen des Verbandsvorstandes eingesetzt ist, so ist der hier zu bemerkende Unterschied bereits gewürdigt, aber von einer unzulässigen Allmacht des Vorstandes kann dabei keine Rede sein. Es ist ein allgemeiner Auslegungsgrundsatz, daß, wenn bei einem Rechtsgeschäft etwas in die Entscheidung einer Person gestellt ist, darunter im Zweifel eine Entscheidung nach billigem Ermessen eines ordentlichen Mannes zu verstehen ist [1]).

---

1) So entschied in einem interessanten Falle der III. Sen. des Reichsgerichts (U. v. 23. IV. 1880, Entsch. I Nr. 123). Fünf Personen hatten, indem sie sich zugleich als Familienrath konstituirten, sich verpflichtet, einer Verwandten bestimmte Unterstützungen zu zahlen. Dabei bestimmte der Vertrag: „Die Unterstützung wird abhängig gemacht von dem sittlichen Verhalten der Empfängerin und der guten Erziehung ihrer Kinder und hört auf, sobald ihre Verhältnisse sich so gestalten, daß sie oder ihre erwerbs-

Solche Bestimmungen wie die hier vorliegende, daß man den statutenmäßigen Anordnungen des Vorstandes nachzukommen und anderen Falls den Ausschluß zu gewärtigen habe, sind doch in Vereinsstatuten etwas sehr Gewöhnliches und treten oft noch viel schroffer in den Formen auf als hier. Ehe man sie wegen Einräumung willkürlicher, übertriebener Befugnisse an den Vorstand beanstandet, muß man sorgfältig prüfen, ob sie der erwähnten Auslegungsregel sich nicht fügen [1]).

---

fähig gewordenen Kinder selbst für den Unterhalt der Familie sorgen können, worüber dem Familienrathe die Entscheidung zusteht." Mit vollem Recht nahm der Senat an, daß eine darauf gegründete Entscheidung des Familienrathes (d. h. der Verpflichteten) keine willkürliche sein darf, vielmehr von der Berechtigten als offenbar unbillig angefochten werden kann, wenn sie die Unwahrheit der behaupteten Thatsachen beweisen oder darthun kann, daß dieselben nach vernünftigem und billigem Ermessen die Entscheidung nicht rechtfertigen.

1) Der B.D.B. kennt keine klagbaren Unterstützungsansprüche seiner Mitglieder; ob er andere klagbare Mitgliederrechte kennt, kann hier nicht untersucht werden. Kennt aber ein Verein überhaupt klagbare Mitgliederrechte, so kann zwar dennoch bestimmt sein, daß der Verein dem Mitgliede die Mitgliedschaft willkürlich kündigen kann. Eine Bestimmung aber, daß der Ausschluß aus dem Verein von bestimmten Organen desselben auf bestimmte Gründe hin verfügt werden kann, untersteht der Auslegungsregel, daß die Entscheidung jener Organe nach gerechtem Ermessen zu erfolgen hat; die Ausübung dieses Ermessens unterliegt der richterlichen Kontrole. Die Grundsätze, welche das Reichsgericht in dem Falle der vorigen Note entwickelt hat, müssen auch hier zur Anwendnng kommen. Danach kann das Mitglied den Ausschluß anfechten mit dem Beweise, daß die Thatsachen, auf welche er gestützt ist, unwahr sind, oder mit der Darlegung, daß diese Thatsachen den Ausschluß nach den Statuten und billigem Ermessen in ihrer Handhabung nicht rechtfertigen. Freilich wird das Gericht in Punkten, über die man verschiedener Meinung sein kann, sein Ermessen nicht über das der zur Entscheidung berufenen Vereinsorgane setzen dürfen; aber es hat bei offenbarer Unbilligkeit ihre Entscheidung nicht zu respektiren. Ganz anders freilich entschied das O.L.G. Dresden, Urtheil v. 16. VI. 1890, Seuff. XLVII Nr. 4, nach dessen Ansicht der Richter

Diese Einwände treffen aber nur einen aus der Argumentation des Senats ohne Schaden lösbaren Punkt. Sie bleibt im Uebrigen dahin richtig, daß der V.D.B. unter Auflösung des D.U.V. sich als ein neuer Verein konstituirt hat, dessen Charakter wegen Beseitigung der Rechtsansprüche der Mitglieder auf Unterstützungen und wegen Aufgabe der „Tarifgemeinschaft mit den Prinzipalen" ein wesentlich anderer als der des D.U.V. ist.

4) Die Hauptfrage ist nun, welchen Einfluß das Erlöschen des D.U.V. auf die Mitgliedschaft im W.U.V. hatte, und ob dieser in der Lage war, seinen Mitgliedern nunmehr die Mitgliedschaft im V.D.B. als Bedingung der Mitgliedschaft im W.U.V. aufzuerlegen.

Zuvörderst ist dem Reichsgericht darin beizutreten, daß keineswegs selbstverständlich an die Stelle der alten Bedingung der Zugehörigkeit zum D.U.V. die neue Bedingung der Mitgliedschaft im V.D.B. getreten war. Wenn aber das Gericht unterstützend anführt, dies habe der württembergische Verein durch seine Statutenänderung selbst gezeigt,

---

nicht einmal prüfen darf, ob der geltend gemachte Ausschließungsgrund für erwiesen zu gelten habe. Im Interesse der Wahrung der „Autonomie der Genossenschaft" wird hier der Einzelne der Sache nach der reinen Willkür preisgegeben, falls diese nur hinter statutenmäßigen Formen sich versteckt. Das Reichsoberhandelsgericht, auf dessen Urtheil vom 16. IV. 1878 (Entsch. XXIII Nr. 121) das O.L.G. Dresden sich stützt, ist dieser Ansicht durchaus nicht. Nach ihm hat der Richter sowohl die Wahrheit wie die Statutenmäßigkeit des Ausschließungsgrundes zu prüfen, und nur, wenn feststeht, daß ein statutenmäßiger Ausschließungsgrund vorliegt, nicht weiter zu prüfen „ob die Ausschließung mit oder ohne genügenden Anlaß ausgesprochen worden". Dies muß dem Zusammenhang nach dahin verstanden werden, daß, sobald ein statutenmäßiger Ausschließungsgrund vorliegt, die fernere Frage, ob die Genossenschaft von ihm Gebrauch machen wollte oder nicht, lediglich ihre Sache ist. Dies steht mit der hier vertretenen Ansicht nicht im Widerspruch.

so bedeutet dieser Grund nicht viel. Wenn man es gern als Auslegungsregel verwendet, daß ein Gesetzgeber nichts Ueberflüssiges sage, so weiß man doch, daß diese Regel gelegentlich auch täuscht, und bei privaten Rechtsgeschäften, auch bei Statuten und Statutenänderungen von Korporationen ist sie noch unsicherer. Unendlich vieles, was streng genommen überflüssig wäre, wird verabredet und niedergeschrieben, aus Vorsicht gegenüber solchen, welche das Selbstverständliche nicht so selbstverständlich finden möchten, und es könnte also auch die fragliche Statutenänderung lediglich die Bedeutung gehabt haben, das für Einsichtige Selbstverständliche klar zu fixiren. Thatsächlich war das freilich im vorliegenden Falle nicht so; es bedurfte vielmehr gewiß der statutarischen Festsetzung, um die neue Bedingung einzuführen, wenn sie überhaupt eingeführt werden konnte.

Das Reichsgericht hat aber auch ferner darin Recht, daß den Mitgliedern des W.U.V. — falls sie es noch waren — diese neue Bedingung nicht auferlegt werden konnte. Es ist aber, wie bereits oben angedeutet, die Frage von dem Reichsgerichte nicht hinlänglich gewürdigt, ob nach dem Erlöschen des D.U.V. die alten Mitgliedschaftsrechte im W.U.V. und dieser selbst überhaupt noch bestanden.

Die Mitgliedschaft im D.U.V. war Bedingung der Mitgliedschaft im W.U.V. Diese Bedingung wurde unmöglich in dem Augenblicke, als der D.U.V. erlosch. Das Reichsgericht sagt, die Bedingung sei gegenstandslos geworden, und drückt damit aus, daß es auf die eingetretene Unmöglichkeit nicht ankomme. die Mitgliedschaft im W.U.V. vielmehr eine unbedingte geworden sei.

Die Revision meint, wäre jene Bedingung als gegenstandslos geworden anzusehen, so hätte der württembergische Verein unmittelbar zur Auflösung schreiten müssen. Dagegen,

sagt das Reichsgericht, komme die von den Parteien nicht bezweifelte Thatsache in Betracht, daß der württembergische Verein sich eben nicht aufgelöst hat, sondern fortbesteht und nur geglaubt hat, seinen Mitgliedern nunmehr die Bedingung der Mitgliedschaft des V.D.B. auferlegen zu können. Mit diesem gegebenen Sachverhältniß habe das Berufungsgericht rechnen müssen. Auf diese Weise kann man aber dem Einwand der Revision nicht begegnen, der vielmehr, wenn auch unsicher, die entscheidende Schwäche der Klage trifft. Die Revision will, wie es scheint, mit einer Art von **deductio ad absurdum** aus der Fortexistenz des württembergischen Vereins beweisen, daß jene alte Bedingung nicht gegenstandslos geworden sein könne, vielmehr in Gestalt der neuen Bedingung fortleben müsse; denn bei unbedingter Mitgliedschaft, d. h. ohne daß seine Mitglieder zugleich Mitglieder eines Allgemeinen deutschen Vereins seien, könne der W.U.V. nicht existiren. Die Revision nimmt also an, der beklagte Verein existire mit der für ihn lebensnothwendigen Bedingung der Mitgliedschaft in dem V.D.B.; dem kann es nicht zur Widerlegung gereichen, wenn das Reichsgericht sagt, der Verein lebe fort — ohne die alte Bedingung — und habe „nur" geglaubt, die neue seinen Mitgliedern auferlegen zu können. Die Fortexistenz des beklagten Vereines und die Rechte seiner Mitglieder ohne eine Bedingung wie die streitige war nichts weniger als ein gegebenes unbezweifeltes Sachverhältniß.

Der Senat hätte vielmehr darlegen müssen, aus welchen Gründen mit dem Unmöglichwerden der alten Bedingung die Mitgliedschaft unbedingt geworden wäre.

Die Fassung der älteren Statuten des W.U.V. theilt das Urtheil nicht mit [1]). Aus ihm geht nur hervor, daß die Zu-

1) Ref. hat diese Statuten nicht erhalten können.

gehörigkeit zum D.U.V. Bedingung der Mitgliedschaft im W.U.V. war, daß die Mitgliedschaft im W.U.V. von jener Zugehörigkeit abhängig war. Die ganze Argumentation des Senats läßt auf das ohnehin wahrscheinliche Verhältniß schließen, daß dies in dem Sinne gedacht war, die Mitglieder des W.U.V. sollten Mitglieder des D.U.V. sein und bleiben, um Mitglieder des W.U.V. sein und bleiben zu können, ähnlich, wie dies in dem neuen Statut in Ansehung der Mitgliedschaft im V.D.V. vorgeschrieben ist[1]).

Danach erlosch die Mitgliedschaft im W.U.V. in dem Moment des Erlöschens der Mitgliedschaft im D.U.V. Es ist aber nach den allgemeinen Grundsätzen von den Bedingungen auch zu folgern, daß die Mitgliedschaft im W.U.V. auch dann erlosch, wenn die Erfüllung der Bedingung fernerhin unmöglich wurde. Denn wie nach allgemeinen Grundsätzen ein bedingt verliehenes Recht nicht erworben wird, wenn die Bedingung nicht erfüllt wird, auch wenn dies an eintretender objektiver Unmöglichkeit liegt, so muß folgerichtig gesagt werden, daß, wenn die Dauer eines Rechtes an eine andauernd zu erfüllende

---

1) Ob es unter der Herrschaft des alten Statuts vorgekommen ist, daß Jemand in den W.U.V. aufgenommen ist unter der Bedingung, daß er demnächst Mitglied des D.U.V. werde, wissen wir nicht. In diesem Falle hätte eine echte Bedingung (condicio in futurum relata) vorgelegen. Hat man aber, was wahrscheinlich ist, die Mitglieder aufgenommen unter der Bedingung, daß sie Mitglieder des D.U.V. bereits waren und blieben, so liegt, ohne Rücksicht darauf, ob man einen Nachweis darüber bei der Aufnahme verlangt hat oder nicht, eine condicio in praesens relata vor. Denn man kann das Verhältniß nicht so zerreißen, daß man für den Moment der Aufnahme condicio in praesens relata und für die künftige Dauer der Mitgliedschaft condicio in futurum relata als vorliegend ansieht. Vielmehr verdient eine Bedingung, welche dauernd ein Recht von Moment zu Moment begleitet, so daß das Recht genau so lange dauert wie das Zutreffen der Bedingung, eine eigenthümliche Art der condicio in praesens relata genannt zu werden.

Bedingung geknüpft ist, das Recht verloren geht, wenn die Bedingung aufhört erfüllt zu werden, auch wenn dies daran liegt, daß sie objektiv nicht mehr erfüllt werden kann.

Die Rechte der Kläger als Mitglieder des W.U.V. wären danach als erloschen anzusehen, ja der Verein, dessen Mitglieder sie gewesen sind, würde überhaupt nicht mehr existiren, weil in Ansehung aller seiner Mitglieder zugleich aus gleichem Grunde mit der Auflösung des D.U.V. die Mitgliedschaft erloschen wäre.

Die sog. Statutenänderung vom Jahre 1892 würde dementsprechend rechtlich, auch wenn sie von denen, die sie vornahmen, nicht so aufgefaßt wurde, als Neugründung eines anderen Vereins, wenn auch unter gleichem Namen, aufgefaßt werden müssen. Die Bedingungen der Mitgliedschaft in diesem neuen Verein konnten dann frei normirt werden, und diejenigen, welche die neuen Bedingungen nicht erfüllen wollten, sind Mitglieder des neuen Vereins, den sie beklagen, nicht geworden.

Der Umstand, daß die Frage, ob der beklagte Verein als mit dem alten W.U.V. identisch oder als eine Neuschöpfung anzusehen sei, nicht wie die gleichartige Frage nach dem Verhältniß des D.U.V. zu dem V.D.V. von den Parteien angeregt ist, konnte das Reichsgericht nicht hindern, diese Frage zu untersuchen; denn sie ist eine reine Frage der rechtlichen Würdigung des von den Parteien gebotenen thatsächlichen Materials, und es ist in keiner Weise ersichtlich, daß dem Reichsgericht durch das Berufungsurtheil in dieser Beziehung die Hände gebunden waren oder hätten gebunden werden können.

Es wird hier nicht behauptet, daß die endliche Entscheidung des Gerichtshofes in dem eben skizzirten Sinne hätte ausfallen müssen, sondern nur, daß derselbe die hier angeregten Fragen hätte untersuchen müssen.

Wie bei jedem Rechtsgeschäft der Sinn einer Bedingung der sein kann, daß sie erfüllt werden soll, wenn dem bedingt

Berechtigten dies möglich ist, und daß im anderen Falle von ihrer Erfüllung abgesehen werden soll, so kann natürlich der Sinn einer Bedingung der Vereinsmitgliedschaft wie der hier vorliegenden auch der sein, daß die Bedingung erfüllt werden muß, so lange es möglich ist; daß dagegen, sollte sie unmöglich werden, die Mitgliedschaft eine unbedingte wird. Wer dies aber behauptet, muß den Beweis dafür übernehmen, und es hätte daher auch in dem vorliegenden Urtheil der positiven Begründung bedurft, während das Gericht es als selbstverständlich ansieht.

Zwei Bemerkungen des Reichsgerichtes, welche wenigstens einiges Licht auf das Verhältniß des württembergischen Vereins zu dem deutschen werfen, sind nicht ausreichend, um dieses Verhältniß genau zu bestimmen. Einmal sagt das Reichsgericht, der beklagte Verein verfolge namentlich durch das besondere Verhältniß, in welchem er zu dem Allgemeinen deutschen Buchdruckergehilfenvereine stehe, auch ideale Zwecke. Und später: trotz dieses alten Kartellverhältnisses bleibe der Verein ein Unterstützungsverein, gegen welchen die Mitglieder die gewährleisteten Rechtsansprüche haben. Danach scheint angenommen werden zu müssen, daß der Zusammenhang zwischen dem deutschen und dem württembergischen Verein nur diejenigen Elemente des Vereinslebens betrifft, welche außerhalb des Unterstützungswesens liegen, daß nicht z. B. der württembergische Verein bei den von ihm zu gewährenden Unterstützungen auf Zuschüsse des deutschen Vereins angewiesen war und eben darum auch ihn seinerseits dadurch zu unterstützen hatte, daß alle seine Mitglieder auch Mitglieder des deutschen Vereines sein mußten. Läge die Sache so, so würde sofort klar sein, daß nach Auflösung des deutschen Vereins die Unterstützungsansprüche der Mitglieder des W.U.V. nicht als nun unbedingt gewordene angesehen werden konnten. Aber auch wenn, wie es scheint,

die Sache nicht so lag, sondern der württembergische Verein finanziell von dem deutschen ganz unabhängig war, so fehlt es in dem reichsgerichtlichen Urtheil für jene Annahme an genügenden Gründen. Um die Frage entscheiden zu können, bedürfte es vielmehr eines genaueren Einblicks in die Verhältnisse des Vereins, als ihn das reichsgerichtliche Urtheil gewährt, und wenn dieses selbst nicht in der Lage war, den erforderlichen Einblick zu gewinnen, so durfte die Sache nicht für spruchreif erachtet werden.

---

Frommannsche Buchdruckerei (Hermann Pohle) in Jena. — 1484

V.

# Zur Lehre von den Formen des Unrechts und den Thatbeständen der Schadenstiftung.

Von
Dr. W. Sjögren,
Privatdozenten der Rechte in Upsala.

## Einleitung. Ueber den Grund des Rechtsverhältnisses.

Es ist bekanntlich darüber Streit, ob als Grund des Rechtsverhältnisses der sog. Thatbestand oder aber das objektive Recht, bezw. das „Gesetz" zu bezeichnen sei [1]). Um die Entstehung der Rechtsverhältnisse zu erklären, wird die Kategorie der Kausalität angewendet, indem die subjektiven Rechte, bezw. die Pflichten entweder als Folgen des Spruches der Rechtsordnung (so Windscheid) oder aber als Wirkungen der juristischen Thatsachen angesehen werden (so Zitelmann, Dernburg u. A.). Eine sachliche Bedeutung gewinnt aber diese zunächst terminologische Kontroverse erst dann, wenn es mit jener Kausalität etwas strenger genommen wird, als gewöhnlich geschehen mag, denn selbstverständlich ist es ohne jedes

1) Windscheid, Pand. I § 63, § 68 Anm. 1, Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, S. 279 fg., Dernburg, Pand. I S. 177 Anm. 1.

Interesse, das logische Verhältniß der Subordination des einzelnen subjektiven Rechts dem objektiven gegenüber sowie das zeitliche der Succession von Thatbeständen und Rechtsfolgen in der dogmatischen Darstellung besonders hervorzuheben. Den bezüglichen strengeren Sinn der Kausalität streift gelegentlich Lotmar[2]), der zwischen dem objektiven Rechte als einem Inbegriffe von Rechtssätzen oder Regeln und dem Rechte als Subjekte, bezw. als einer Macht unterscheidet. Nur dadurch kann das objektive Recht ohne Fiktion als eine Ursache bezeichnet werden, daß es etwas für sich ist, d. h. als eine Macht oder Kraft erscheint, die neben, bezw. über den den juristischen Thatsachen innewohnenden Kräften steht. Lotmar trennt aber, was nur zu unterscheiden ist. Das objektive Recht als das Subjekt der rechtlichen Dispositionen wird ihm zu einer ganz unbekannten „Macht", deren Wirkungen sich nur durch Zufall als Rechtswirkungen charakterisiren. Der betreffende Unterschied darf nicht so zugespitzt werden: in der That ist jede Regel, im besonderen die Regel des objektiven Rechts, eine Macht, und umgekehrt jede Macht, im besonderen die des objektiven Rechts, nicht regellos, sondern enthält eine Regel. Erst dadurch, daß die Macht durch Regeln bestimmt wird, kann im gegebenen Falle entschieden werden, ob eine Naturkraft oder eine rechtliche Macht vorliegt. Auch ist von Lotmar keine Erklärung darüber gegeben, wie der Umstand, daß das objektive Recht als Subjekt dem Thatbestande die Qualität eines Rechtsgrundes zuspricht, ein Verhältniß der Kausalität zwischen diesem Thatbestande und dem subjektiven Rechte hervorbringen kann. Die bloße Aussage — mag sie auch von einer „Macht" ausgehen — scheint diese Wirkung nicht haben zu können. Als Macht aber ist nach unserer Ansicht das Recht

---

2) Ueber Causa im römischen Recht, S. 2.

eine Ursache in demselben Sinne, wie andere Mächte; durch die in der Macht liegende Regel ruft aber diese Ursache ein Verhältniß hervor, welches mit gutem Grunde als ein Rechtsverhältniß bezeichnet werden kann.

Hierin liegt der Kern jener Kontroverse: es ist die Frage nach dem logischen Verhältnisse zwischen der Regel des Lebens — d. h. der unabhängig vom objektiven Rechte daseienden natürlichen Ordnung der Lebensverhältnisse, die aus Thatsachen bestimmten Charakters nach dem Gesetze der natürlichen Kausalität irgendwie bestimmte Wirkungen bezw. Gegenwirkungen hervortreten läßt — und der Regel des Rechts, d. h. der Ordnung, welche die Lebensverhältnisse durch das objektive Recht im Sinne einer dieselben beherrschenden und regulirenden Macht bekommen. In diesem Sinne ist die Kontroverse hohen Alters: sie zieht sich durch die ganze Geschichte der Rechtsauffassungen hin, von dem Zeitalter der griechischen Sophisten bis auf den heutigen Tag. Jene waren bekanntlich der Ansicht, das Recht bestehe nicht von Natur, sondern durch Gesetz, ein Satz, welcher heutzutage z. B. von Binding wörtlich acceptirt worden ist[3]), während die entgegengesetzte Auffassung, die in der älteren griechischen Anschauung ihre Wurzel hatte, bis auf heute von zahlreichen Schriftstellern verfochten wird, welche im Rechtsleben einen vom objektiven Rechte, bezw. von der Gesetzgebung unabhängigen, durch die Natur gegebenen Zusammenhang finden.

Von dem Gesichtspunkte aus, der durch die Regel des Lebens bestimmt wird, haben die Wirkungen, die als rechtliche Wirkungen ihren Grund in dem objektiven Rechte haben, ihre Ursache in den äußeren Thatsachen, die deren Entstehung bedingen. In dieser Formel werden Grund und Ursache ohne

3) Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht IV S. 428.

Unterschied gebraucht. Eine wirkliche Lösung des Problems kann durch die Anwendung der formalen Kategorien: Grund — Ursache, Ursache — Bedingung rc. nicht gegeben werden, denn diese Begriffe haben außerhalb bestimmter philosophischer Systeme, auf welche hier nicht einzugehen ist, keinen festen Inhalt und keine technische Bedeutung. Der Widerspruch (dies Wort etwa im Sinne der Kant'schen Antinomien) zwischen der Regel des Rechts und der des Lebens ist in der That unlöslich. Er ist aber auch von einer viel allgemeineren Tragweite: durch das ganze Gebiet hindurch, in welchem von Gesetz und Gesetzgebung (im Sinne Kant's) gesprochen werden kann, geht derselbe Widerspruch. Er findet sich innerhalb des sittlich-religiösen Lebens [4]) wie innerhalb der menschlichen Denkthätigkeit [5]) und der äußeren Natur, deren Gesetze ja ihrem formalen Charakter nach denen des Denkens verwandt sind. Es kehrt überall dieselbe Erscheinung wieder, daß nämlich einerseits die Gesetzmäßigkeit das Gesetz selbst voraussetzt, andererseits das Substrat des Gesetzes unabhängig von letztgenanntem irgend eine Ordnung haben muß, welche die nothwendige Voraussetzung für die Wirksamkeit des Gesetzes ist [6]). Es mag in-

4) Siehe z. B. Paulus an die Römer 2, 14 und 4, 15.

5) Vgl. Sigwart, Logik, I S. 21.

6) Der üblichen Terminologie, welche den durch den menschlichen Willen hervorgerufenen Rechtsfolgen die unmittelbar durch das Gesetz veranlaßten entgegensetzt, entspricht sachlich eine Dritte an sich mögliche Auffassung, welche bei gewissen Thatbeständen und Rechtsfolgen einen natürlichen Zusammenhang entdecken will, bei anderen aber nicht (man vgl. z. B. Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht, S. 363 fg.). Zu der ersten Gruppe gehören alle Rechtsgeschäfte und deren Rechtsfolgen, zu der zweiten die Delikte und die Strafen. Siehe z. B. Dernburg, Pand. I S. 208, Pernice in der Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht, VII, S. 488. Es muß aber hervorgehoben werden, daß diese Eintheilung alles und jedes Grundes entbehrt. Der menschliche Wille hat innerhalb der Privatrechtsphäre eine selbständige „Kausationsfähigkeit" (Zitelmann in

dessen bemerkt werden, daß der Antheil, welchen das Gesetz an einer gegebenen Ordnung der Thatsachen hat oder zu haben scheint, auf den verschiedenen Gebieten ein verschiedener ist. Er

---

den Jahrb. f. d. Dogm., XVI S. 418 fg.), nicht in anderer Weise, als dies auf dem Gebiete der strafbaren Handlungen der Fall ist. Auch die Strafen können bis auf einen gewissen Grad als von den Delikten hervorgerufene natürliche Folgen bezeichnet werden (vgl. Merkel, Encyklopädie, § 242 a). Dies ist zu beobachten bei der Beantwortung der Frage, was denn der Gegenstand des Willens der Person sei, die ein Rechtsgeschäft vornimmt oder ein Delikt begeht. Hinsichtlich der Rechtsgeschäfte geht die herrschende Ansicht dahin, daß der Wille auf die Rechtswirkungen gerichtet sein soll, was aber unmöglich ist, schon weil die Meisten von jenen Rechtswirkungen keine oder nur sehr mangelhafte Kenntnisse haben (l. 38 § 2 D. de act. emt. et vend. 19, 1). Wird nun von entgegengesetzter Seite hervorgehoben, daß in der Regel nur die ökonomischen Zwecke gewollt werden bezw. gewollt zu werden brauchen (Lenel in den Jahrb. f. d. Dogm., XIX S. 154 fg.), so geht dies m. E. zu weit, denn es sind eben jene natürlichen Wirkungen — die mit den abstrakt ökonomischen nicht zusammenfallen — die gewollt werden, bezw. — weil ja das Gewöhnliche hier die Norm abgeben muß — gewollt zu werden brauchen, um das Geschäft gültig zu machen. Beim Delikte gilt hinsichtlich dieser Frage ganz dasselbe: nicht die Rechtsfolgen — hier die Strafen — sind gewollt, auch nicht das Delikt mit seinem rechtlichen Qualifikationen, sondern das Naturale, dessen rechtliche Qualifikation im Strafgesetz gegeben ist. In der Weise aber, wie diese natürliche Kausalität innerhalb jener beiden Gebiete eine Rolle spielt, in derselben Weise genügt innerhalb beider diese Kausalität nicht. Es muß die Kausalität des objektiven Rechts hinzukommen, wenn ein juris vinculum hergestellt werden soll.

Bekanntlich werden von den römischen Juristen alle drei Möglichkeiten erwähnt. Man vgl. § 1 J. de oblig. 3, 13, § 3 J. de act. 4, 6 und l. 130 D. V. S. 50, 16, wo das objektive Recht in den Vordergrund tritt, § 2 J. de obl. 3, 13, l. 1 D. O. e A. 44, 7, wo die Eintheilung der Obligationen auf Verschiedenheiten in den Thatbeständen zurückgeführt wird, jedoch in der letzten Stelle mit einer gewissen Präponderanz des menschlichen Willens im Vergleiche mit den übrigen juristischen Thatsachen, insofern hinsichtlich der Entstehung der obligationes ex variis causarum figuris ein proprium jus („das Gesetz") erwähnt wird. Thatsachen und Recht werden neben einander gestellt von Gaius III, 87 und von Modestinus l. 52 pr. D. O. e. A. 44, 7. Aus zufälligen Umständen wendet sich

scheint auf dem Gebiete des Ethos größer zu sein als auf dem der physischen Natur. Die Naturwissenschaften bezeichnen als die Ursache nicht das Naturgesetz (noch viel weniger die Naturkraft im Sinne Lotmar's), sondern die äußere reale Thatsache, die einer anderen Thatsache zeitlich vorangeht, und diese, die dem Gesetze gemäß jener folgt, wird dann als deren Wirkung bezeichnet[7]). In Uebereinstimmung mit dieser Auffassung führten wir oben die Ansicht, welche in den Thatbeständen die Gründe der Rechtswirkungen findet, auf die Anschauung zurück, laut welcher im Rechtsleben ein natürlicher Zusammenhang existirt. Innerhalb der Sphäre des Ethos liegt die entgegengesetzte Auffassung näher, und es wäre also, wenn es sich um eine Wahl handelte, richtiger, dem Gesetze hier den Namen „Grund der Rechtsverhältnisse" beizulegen. Aber dies wäre einseitig. Ein strenger Unterschied zwischen den ethischen und physischen Gesetzen besteht in dieser Hinsicht nicht, obschon ein solcher gewöhnlich angenommen wird[8]).

Dies ist nun von großer Bedeutung hinsichtlich der wissenschaftlichen Behandlung des Rechts. Denn wenn es möglich wäre, grundsätzliche Verschiedenheit nach dieser Seite hin zwischen dem Naturgesetz und dem Rechtsgesetz durchzuführen, so würde

---

das Auge der Juristen von den Thatsachen zu dem Gesetze oder umgekehrt. Besonders bei der Erwähnung der Gesetze, welche eine angeblich „natürliche" Freiheit beschränken, erscheint das objektive Recht als die causa. Vgl. z. B. l. 4 D. qui testam. fac. 28, 1. Es liegt keine Veranlassung vor, hier jene verschiedenen Ausdrucksweisen — deren dogmatischer Werth gleich Null ist — näher zu verfolgen, obgleich sie in psychologischer und auch einigermaßen in entwickelungsgeschichtlicher Hinsicht ein gewisses Interesse darbieten möchten.

7) Vgl. Sigwart, Logik, II S. 452.

8) Z. B. Bierling, Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe, II S. 266, Schloßmann in der Zeitschr. für das Privat- und öffentl. Recht, VII S. 550, Hrehorowicz, Grundfragen und Grundbegriffe des Strafrechts, S. 60.

die Konsequenz hinsichtlich des Rechtslebens die sein, daß das Recht, als Subjekt der rechtlichen Dispositionen gedacht, seine Wirkungen, die Rechtsfolgen, an völlig frei gewählte Thatsachen knüpfte: die Regelmäßigkeit des Rechts, wenn eine solche noch anzunehmen wäre, würde mit der Regel des Lebens in gar keinem Zusammenhange stehen.

Das objektive Recht wäre dann als die einzige Causa der rechtlichen Dispositionen zu bezeichnen. Unserer Ansicht nach giebt es aber bis auf ein gewisses Etwas [9]) einen natürlichen (d. h. vom objektiven Rechte unabhängig existirenden) Zusammenhang zwischen der Natur und dem sachlichen Inhalte der Thatbestände einerseits und der realen Bedeutung der Rechtsverhältnisse (der Rechtsfolgen) andererseits, einen Zusammenhang, dessen Erforschung der dogmatischen Wissenschaft obliegt. Nur ist hervorzuheben, daß die hierher gehörigen Untersuchungen zu keinem einfachen, klaren Ergebniß führen können, eben weil der Zusammenhang kein bloß logischer, sondern in erster Linie ein ethischer ist. Es ist ein ethischer Zusammenhang, dem aber theilweise physische und individual- wie sozialpsychologische Thatsachen zu Grunde liegen [10]).

Wir behaupten daher: wenn die Kausalität die allgemeine Daseinsform des natürlichen Lebens ist, so kann die Regel des Rechts, nach welcher aus Thatbeständen die Rechtsfolgen hervorgehen, keine von jener Regel der Lebensverhältnisse toto genere verschiedene Form des Zusammenhangs sein. Der Zusammenhang zwischen Thatbeständen und Rechtsfolgen muß der Kategorie der Kausalität unterliegen, nur muß die Iden-

---

9) Dies darf nicht im Sinne Pernice's (in der Zeitschr. f. d. Privat- u. öffentl. Recht, VII S. 492) verstanden werden: ihm ist dies Etwas das Zwangsmoment, u. E. eine selbständige Form des Ethos, die von der staatlichen Macht ausgeht.

10) Vgl. Merkel in diesen Jahrbüchern, XXXII S. 38.

tifikation dieser Kausalität einerseits mit der des rein physischen Lebens, andererseits mit dem rein logischen Zusammenhang vermieden werden. Die Einwände Bierling's[11]) gegen die Anwendung jener Kategorie überhaupt auf die Entstehung der Rechtsverhältnisse beruhen auf einem Mißverständniß bezw. einer Verwechslung der naturwissenschaftlichen Methode für die Aufstellung kausaler Gesetze mit der physischen Kausalität selbst. Ziemlich allgemein verbreitet dürfte die Anschauung sein, welche nur die juristischen Thatsachen in die Welt der Wirklichkeit verlegt, den Rechtsfolgen aber eine ganz andere, ideale Wirklichkeit zuschreibt[12]). Hiermit stimmt schlecht überein, wenn man dennoch von einem Verhältnisse der Kausalität zwischen äußeren Thatsachen und einem so idealen Produkte, als welches das Recht hier erscheint, sprechen will. Wenn die Kategorie der Kausalität irgend einen wissenschaftlichen Nutzen darbieten soll, muß wohl die Homogenität der Ursache und der Wirkung postulirt werden. In der That aber ist die unrichtige Ansicht nur die letzte Konsequenz jener Auffassung, die einen natürlichen Zusammenhang im Rechtsleben verneint. U. E. gehören die juristischen Thatsachen und deren Rechtsfolgen einer und derselben Wirklichkeit an. Sagt man, daß jene wahrnehmbar sind[13]), so muß eben dasselbe von diesen gesagt werden; sie sind nicht bloße Forderungen, sondern reale Vorgänge, wie die genannten Thatsachen selbst[14]). Es ist

---

11) Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe, II S. 278 fg.

12) Z. B. Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, S. 208, Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht, S. 7 fg. Dagegen mit Recht Merkel in der Zeitschrift für das Privat- und öffentl. Recht, VI S. 377, Schloßmann, ib. VII S. 552.

13) Lotmar a. a. O. S. 1, Bekker, Pand. II S. 2.

14) Diese Auffassung ist in den Quellen ausgesprochen. Man vgl. l. 23 D. V. S. 50, 16. „Rei appellatione et causae et jura continentur", l. 15 D. R. J. 50, 17. „Is qui actionem habet ad rem reciperandam,

aber ziemlich ungenau, von den juristischen Thatsachen ohne Unterschied so zu sprechen, als ob dieselben sämmtlich mit den Händen zu greifen wären: sie sind zwar äußere Thatsachen, d. h. sie sind

ipsam rem habere videtur." Wenn andrerseits gesagt wird (l. 204 eod.): „Minus est actionem habere quam rem", so liegt nicht ein „Widerspruch" vor, sondern vielmehr ein Ausdruck für die Wahrheit, daß Recht und Thatsache wohl zu unterscheiden, nicht aber zu trennen sind. Daß eine „Verwechslung" stattgefunden hätte, wird vielfach, aber ohne Grund behauptet. Wenn also von einer vindicatio rei gesprochen werden kann, so wird mit demselben Rechte von einer vindicatio ususfructus, servitutis &c. die Rede sein können. Die Gefahr, welche Bekker (die Aktionen, I S. 207) in dieser Laxheit des Sprachgebrauches erblickt, dürfte nicht vorliegen: wenigstens scheinen uns den römischen Juristen keine Vorwürfe daraus gemacht werden zu können, daß sie die Gefahr nicht vermieden haben, denn den Unterschied zwischen Faktum und Recht in allen Richtungen rein durchzuführen, ist einfach unmöglich. Immerhin ist zuzugeben, daß gewisse rechtliche Dispositionen mehr in facto als in jure bestehen, was ja auch in den Quellen (z. B. l. 32 pr. D. de usur. 22, l. 24 D R J 50. 17) angedeutet wird. Dies aber hat einen sachlichen Grund, der in den Verschiedenheiten der Individualisirung der Rechtsverhältnisse durch das objektive Recht liegt. Das objektive Recht schafft nicht immer unmittelbar aus den Thatbeständen ein jus quaesitum, sondern gewährt dem richterlichen Ermessen unter Umständen einen freieren Spielraum, was dann die „Ansprüche" als in facto bestehend erscheinen läßt. Die Art und Weise, zu bestimmen, wie sich die verschiedenen Rechte, bezw. die rechtlich geschützten Interessen zwischen dem objektiven Rechte im gewöhnlichen Sinne und dem richterlichen Ermessen, bezw. der Parteidisposition als ihren „Gründen" vertheilen, wäre ein weitschauendes Problem, dessen Lösung hier nicht einmal angedeutet werden kann, das aber — was hervorzuheben sein möchte — in einer Weise gelöst werden muß, die dem von dogmatischem Standpunkte aus oben festgestellten Ergebnisse eine genügende Rechnung trägt. Alle Rechtsfolgen müssen zwar im objektiven Rechte einen Theil ihres Grundes haben, der Antheil aber, welchen das Gesetz an einer bestimmten Rechtsfolge hat, kann verschieden sein. Es gliedert sich das ganze Rechtsleben von diesem Gesichtspunkte aus in drei Gruppen: Legal-, Judicial- und Privatdisposition, je nachdem der Schwerpunkt innerhalb des Grundes der Rechtsverhältnisse in dem Gesetz, in dem Ermessen des erkennenden Richters oder in dem Willen der Parteien zu suchen ist. Es ist selbstverständlich, daß zur Privatdisposition in diesem Sinne z. B. das gesammte

Gegenstände einer Beobachtung, die für das allgemeine Bewußtsein eine sicherere Erkenntniß ermöglicht, als es bei den sog. inneren Thatsachen der Fall ist, wahrnehmbar aber sind sie, insofern von ihrer eigentlich juristischen Relevanz gesprochen werden soll, nur zum kleinsten Theile. Der Schluß von dem wahrnehmbaren Aeußeren auf das nicht wahrnehmbare Innere spielt hier eine hervorragende Rolle. Man denke daran, was Thatsachen wie die Rechtsgeschäfte oder Delikte als juristische Thatsachen in Wahrheit bedeuten, im Verhältnisse zu dem, was an ihnen wahrgenommen werden kann. Es hat nun diese Auffassung, welche die juristischen Thatsachen zu reinen Naturereignissen machen will, die Folge gehabt, daß das Recht den Thatsachen gegenüber als ganz und gar gleichgültig angesehen worden ist: jene Thatsachen wären bloße „Anknüpfungspunkte" rc. Es muß aber gefragt werden: warum knüpft das Recht diese Rechtsfolgen eben an diese Thatsachen an und nicht an Thatsachen von ganz entgegengesetzter Art und Natur [15]?

Der kausale Zusammenhang zwischen den juristischen Thatsachen und den Rechtswirkungen hat zur Folge, daß ein jeder Thatbestand nur aus den Momenten gebildet werden darf, welche irgend einen Einfluß auf den Inhalt der betreffenden Rechtsfolge

---

Vertragsrecht nicht gehört, in welchem, wie man sagt, die Rechtsfolgen durch den Willen der Parteien ins Leben gerufen werden, sondern nur gewisse Theile, die als die „Schleichwege des Lebens" (Jhering) charakterisirt werden können. So gehört hierher z. B. die Konventionalstrafe, zwar nicht an sich (hinsichtlich der Konstituirung der Rechtsfolge), aber in Bezug auf die Schöpfung der betreffenden Norm, deren Verletzung die Voraussetzung für den Eintritt der Strafe ist.

15) Mit dem Gesagten soll nun nicht die äußere Natur der juristischen Thatsachen geleugnet werden: eine Grenze aber zwischen dem, was in diesen Thatsachen wahrgenommen werden kann, und was nicht wahrgenommen wird, giebt es nicht.

haben. Dies ist das Postulat des natürlichen Lebens, daß aus gleichen Ursachen gleiche Wirkungen hervorgehen müssen, aus ungleichen Ursachen ungleiche Wirkungen, und dies muß denn auch nach dem früher Gesagten bis auf einen gewissen Grad von der aus dem objektiven Rechte hervorgehenden Regulirung der Lebensverhältnisse gelten. Wenn also auf einer bestimmten Stufe der Entwickelung ein Thatbestand als einheitlich erscheint, dann aber die betreffende Rechtsfolge im Laufe der Entwickelung in zwei oder mehrere auseinandergeht, muß eine Wissenschaft, deren Aufgabe nicht in dem Referiren sog. positiver Gesetze aufgeht, in dem Thatbestande verschiedene Momente unterscheiden, von denen je eine Gruppe für die verschiedenen Rechtsfolgen als der Thatbestand im engeren und eigentlichen Sinne angesehen wird. Wenn z. B. das Gesetz an einen scheinbar deliktischen Thatbestand verschiedene Rechtsfolgen, Strafe und Schadenersatz knüpft, wird es nöthig sein, die jedesmaligen, diese Rechtsfolgen bestimmenden (d. h. für den Inhalt derselben kausalen) Momente des Thatbestandes zu unterscheiden, von denen die einen, deren Inbegriff der deliktische Thatbestand ist, die Strafe, die anderen die Schadenersatzpflicht als die natürliche Wirkung der betreffenden Thatbestände erscheinen lassen. Im Laufe der Rechtsentwickelung werden dann solche Erscheinungen, wie die, daß aus einem einheitlichen Thatbestande mehrere Rechtsfolgen hervorgehen, oder umgekehrt verschiedene Thatbestände eine und dieselbe Rechtsfolge nach sich ziehen, allmählich ausgeglichen, indem der Thatbestand sich entweder differenzirt oder aber die verschiedenen Thatbestände sich zu einer Einheit zusammenschließen. Immerhin aber ist die Entwickelung des Rechtes nicht in der Weise stetig, daß die Kongruenz zwischen Thatbeständen und Rechtsfolgen in jedem Falle auf der Hand liegt, im Gegentheil, es bedarf in der Regel, um dieselbe ausfindig zu machen,

einer eindringenden wissenschaftlichen Analyse. Hinsichtlich dieser Analyse mag aber folgendes bemerkt werden: es kann sein, daß die Wissenschaft zwar die eigentlich rechtsbildenden Faktoren eines Thatbestandes festzustellen vermag, daß dieselben aber nicht in der Wirklichkeit von den übrigen Momenten des Thatbestandes zu trennen sind, weil sonst die Praktikabilität des letzteren verloren ginge. In einem solchen Falle werden diese („übrigen") Momente für jene symptomatisch, d. h. äußere Kriterien oder Beweismittel, durch deren Vorhandensein man auf das Dasein der eigentlich charakteristischen Faktoren des Thatbestandes schließen kann. Das Interesse jener Abstraktion liegt in diesem Falle ausschließlich innerhalb der Wissenschaft selbst, während das praktische Recht bei dem einheitlichen Thatbestande stehen bleibt. Der Begriff einer juristischen Symptomatik ist bekanntlich von Ihering aufgestellt worden, wird aber hier in einem engeren Sinne als demjenigen der Praktikabilität des Rechts genommen: eine symptomatische Thatsache tritt für uns nicht an die Stelle einer charakteristischen, sondern die beiden Thatsachen stehen nebeneinander, und zwar jene als ein Mittel, um diese praktikabler zu machen[16].

---

16) Die Anwendung der juristischen Symptomatik in unserem Sinne ist innerhalb der Doktrin nichts ungewöhnliches, obgleich unseres Wissens jener Begriff nirgends in seiner prinzipiellen Allgemeinheit hervorgehoben, bezw. nach seinem konstruktiven Werthe gewürdigt worden ist. Viele große Kontroversen innerhalb verschiedener Rechtstheile sind davon abhängig, ob ein Moment des Thatbestandes als ein charakteristisches oder als ein symptomatisches anzusehen ist. Schon die Rechtssätze haben ihre Thatbestände, d. h. es giebt einen Inbegriff von Thatsachen, von deren Existenz die Entstehung eines Rechtssatzes bedingt ist. Hier spielt der Unterschied zwischen symptomatischen und charakteristischen Momenten eine Rolle. Man denke an die alte Streitfrage über die Bedeutung der Uebung für die Existenz des Gewohnheitsrechts: ob nur Erkenntnißmittel oder aber wesentliche Entstehungsform? Im ersteren Falle liegt ein symptomatisches, im zweiten ein charakteristisches Moment vor. Daß die Uebung zu dem Thatbestande

Aus dem Begriffe einer symptomatischen Thatsache folgern wir, daß der charakteristische Thatbestand von größerem Umfange sein kann, als ein einzelnes symptomatisches Moment

---

eines großen Theils des wirklichen Gewohnheitsrechts in irgend einem Sinne gehört, können Savigny und Puchta nicht haben bestreiten wollen, m. a. W. sie schließen die Uebung nicht unbedingt von dem Thatbestande eines Gewohnheitsrechtssatzes aus, erkennen aber dieselbe als charakteristisches Merkmal nicht an. Daher kann dieser Ansicht nach ein Gewohnheitsrecht vorliegen, ohne daß eine Uebung da ist: durch die Uebung aber wird die Anwendung des Rechtssatzes, d. h. die Anerkennung des Gewohnheitssatzes als eine Satzung des Rechts erleichtert. Andere Beispiele bieten das Strafrecht und das Privatrecht, und zwar beide in Lehren von prinzipieller Bedeutung.

So wollen bekanntlich einige der sog. relativen Straftheorien in der Thatsache, daß ein Delikt begangen worden ist, nur ein Symptom der Gefährlichkeit, der Besserungsbedürftigkeit rc. des verbrecherischen Willens erblicken: diese Gefährlichkeit rc., die durch das Delikt zum Vorschein kommt, ist das eigentlich relevante Moment in dem die Strafe hervorrufenden Thatbestande, alle übrigen Momente, z. B. die Zerstörung eines Rechtsgutes, sind nur Symptome, die aus Rücksichten der größeren Praktikabilität in den Thatbestand aufgenommen sind. In ähnlicher Weise erblickt bei der Lehre vom Rechtsgeschäfte ein extremes Willensdogma in einer abgegebenen Willenserklärung nur ein Symptom für den wirklichen Willen des Handelnden und verhält sich demgemäß gegen die Rücksichten auf die Bedürfnisse des Verkehrs, auf die bona fides des Vertragsgegners u. s. f., wenn sie mit jenem Willen in Konflikt kommen, durchaus ablehnend. Daß der Wille, um rechtliche Bedeutung zu erlangen, in bestimmter Weise in der Außenwelt hervortreten muß, wird freilich auch hier anerkannt, aber nur weil sonst praktikables Recht fast unmöglich wäre. Ein spezielleres Beispiel aus dem modernen Rechte bietet die Kontroverse über den Anerkennungsvertrag. Dieser Vertrag hat noch um seine „Anerkennung" zu ringen: es handelt sich im Grunde darum, ob ein symptomatisches Moment zu einem charakteristischen werden soll oder nicht. In ähnlicher Weise liegt die Frage, ob der Schuldschein nur als Beweismittel oder aber als dispositive Urkunde anzuerkennen ist. Aus dem römischen Rechte soll an den hierher gehörigen, immer noch nicht ausgetragenen Streit über den neueren Litteralkontrakt erinnert werden. Vgl. jetzt Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht, S. 460 ff. Schließlich mag auf das typische Beispiel, das die Entwickelungsgeschichte der Stipulation liefert, hingewiesen werden: zuerst

an die Hand zu geben scheint. Wenn aber dieses auch innerhalb des ganzen Gebietes, das von jenem beherrscht wird, eine conditio sine qua non für den Eintritt der Rechtsfolge ist, so steht doch die Natur und Art des Symptoms in keiner Beziehung zum Inhalte der Rechtsfolge, welcher vielmehr durch den Inhalt der charakteristischen Momente des Thatbestandes allein bestimmt ist.

Nach einer anderen Seite hin ist noch ein Unterschied zwischen den verschiedenen Momenten eines Thatbestands. Es ist oben gesagt worden, daß die Kategorie der Kausalität auf die Succession von Thatbeständen und Rechtsfolgen anzuwenden sei. Es kann nun aber sein, daß von den verschiedenen Momenten des Thatbestandes einige für die Rechtsfolge eine größere Bedeutung haben als die übrigen: es wird also auch innerhalb des Thatbestandes zwischen der Ursache im engeren Sinne und den übrigen Momenten zu unterscheiden sein. Dies ist schon von Zitelmann[17]) hinsichtlich der in den verschiedenen Thatbeständen enthaltenen Handlungen zurechnungsfähiger Menschen hervorgehoben worden. Der Grund dieser Erscheinung liegt u. E. in der hervorragenden realen Bedeutung eben der Handlungen einer Person für die Rechtslage derselben. Der Grund liegt innerhalb der Sphäre des Ethos, nicht, wie Zitelmann annimmt, auf dem Gebiete der Erkenntnißtheorie oder der allgemeinen Psychologie. Wenn man die Natur der Wirkungen, deren Ursachen hier

---

erscheinen die certa verba als ein charakteristisches Moment, dann als ein symptomatisches, um endlich — sowohl in der orientalischen als in der occidentalischen Praxis — zu einem nur symbolischen Bestärkungsmittel, bezw. zu einer bloßen Floskel zu werden.

Ganz in unserem Sinne verwendet Binding die juristische Symptomatik zu einem konstruktiven Zweck, Die Normen, I S. 465.

17) Irrtum und Rechtsgeschäft, S. 291.

gesucht werden, in Betracht zieht, wird dies verständlich: es sind nicht die Ursachen physischer oder chemischer Vorgänge, sondern Ursachen der Erscheinungen, die wir eben als Rechtswirkungen charakterisiren. Je mehr das Recht als eine wahrhaft ethische Norm erscheint, um so mehr muß die Tendenz hervortreten, jede Veränderung im Rechtsleben auf menschliche Handlungen zurückzuführen, denn nur menschliche Handlungen scheinen einer ethischen Beurtheilung im strengeren Sinne unterworfen werden zu können. Es muß aber hervorgehoben werden, daß diese Präponderanz der Handlung nicht dahin gedeutet werden darf, daß die übrigen Momente des Thatbestandes gar keinen Einfluß auf den Inhalt der Rechtsfolge hätten, noch weniger dahin, daß der Schwerpunkt der Handlung und mit diesem der des ganzen Thatbestandes in das innere Prinzip alles Handelns, in den menschlichen Willen im psychologischem Sinne, verlegt würde.

## Ueber den Unterschied des civilen und des kriminellen Unrechts.

Es ist die Frage aufgeworfen worden, worin das Rechtsgeschäft sich von dem Delikte unterscheidet[18]). M. a. W. es fragt sich: wie unterscheidet sich das Delikt von den Voraussetzungen des Civilzwanges[19])? Oder, wie unterscheidet sich das bürgerliche Unrecht von dem strafbaren? Merkel (a. a. O. S. 40) sagte einst: „es läßt sich dem allgemeinen Thatbestande des bürgerlichen Unrechts kein davon verschiedener allgemeiner Thatbestand des strafbaren Unrechts gegenüberstellen". Es scheint, als ob die Möglichkeit einer Lösung der

18) Vgl. Pernice in der Zeitschrift f. d. Privat- und öffentl. Recht, VII S. 483.

19) Merkel, Kriminalistische Abhandlungen, I S. 60, 63.

hier aufgeworfenen Frage von Merkel geleugnet werden sollte. Es mag indessen bemerkt werden, daß die Inkonsequenz, welche mit jener Ansicht gewöhnlich verknüpft ist, diejenige nämlich, daß man annimmt, es könnten wesentlich verschiedene Rechtsfolgen aus nicht wesentlich verschiedenen Rechtsgründen hervorgehen, sich bei Merkel nicht findet, der vielmehr zu zeigen versucht, daß auch die betreffenden Rechtsfolgen nur ihrer äußeren Erscheinung nach verschieden seien. Auf diese Frage gehen wir nicht ein, behaupten aber mit der herrschenden Ansicht, daß jedenfalls zwischen civilen nnd kriminellen Rechtsfolgen ein so großer Unterschied obwaltet, daß die Dogmatik des Rechts denselben als wesentlich bezeichnen darf. Uebrigens ist schon von Binding hervorgehoben worden, daß Merkel seinem Standpunkte nicht treu geblieben sei[20]. Es geht aber Binding nicht anders: er acceptirt (a. a. O. S. 270) das negative Ergebniß Merkel's rücksichtslos, gelangt aber doch zur Auflösung des einheitlichen Unrechts in eine Fülle von Rechtswidrigkeiten mit ganz verschiedenen Thatbeständen, (a. a. O. S. 291), von denen das Delikt eine fest geschlossene Art bildet (S. 299) und das bürgerliche Unrecht zu einer zweiten Art zusammengefaßt werden kann.

In der That liegt ein Widerspruch vor, der aber nichts anderes ist als eine besondere Erscheinung der oben besprochenen allgemeinen Antinomie zwischen der Regel des Lebens und der des Rechts. Einerseits ist es eine Aufgabe der Wissenschaft, den allgemeinen Charakter der Thatbestände zu bestimmen, welche die eigenthümliche Rechtsfolge der Strafen hervorrufen, und dadurch prinzipiell eine Grenze zwischen den strafbaren Handlungen und den übrigen Formen des Unrechts zu ziehen. Andererseits aber kommt man durch jene Unter-

---

20) Die Normen, I 2. Aufl. S. 242 Anm. 16, S. 281, 282.

suchungen, welche die Delikte als von der Natur gegebene Voraussetzungen für die Strafen analysiren wollen, nicht zu einem genau bestimmten Unterschiede zwischen diesen Thatbeständen und anderen, welche ganz dieselbe Natur zu haben scheinen, denen aber die charakteristische Rechtsfolge, die Strafe, fehlt. Sieht man nun um jener Aehnlichkeit willen auch in diesen Thatbeständen „Delikte" — wenngleich sie nur die sog. civile Exekution hervorrufen — so kommt man dahin, daß in der Natur der Thatbestände kein Anhalt für die Art der Rechtsfolgen liegt, m. a. W. anstatt zu einer Lösung zu einer Verneinung der gestellten Aufgabe. Der in der Natur der Dinge liegende Zusammenhang zwischen den Thatbeständen und Rechtsfolgen, bezw. die Verschiedenheit der Thatbestände bei der Verschiedenheit der Rechtsfolgen liegt der Aufstellung der Frage nach dem bürgerlichen Unrecht in seinem Verhältnisse zum strafbaren zu Grunde, die Regel des Rechts aber kreuzt scheinbar jenen natürlichen Zusammenhang, und der Versuch scheitert, eine aus diesem Zusammenhange gewonnene Regel als eine Regel des positiven Rechts hinzustellen. Dieser Gesichtspunkt ist zuerst von Merkel energisch betont worden, kann aber nicht aufrechterhalten werden, sondern muß in irgend einer Beziehung durch den entgegengesetzten Gesichtspunkt zu Gunsten des natürlichen Zusammenhanges im Rechtsleben modifizirt werden.

Man könnte meinen, daß dieser Widerspruch nur ein besonderer Ausdruck der Unvollkommenheit der juristischen Begriffe sei, die ja immer beim Allgemeinen stehen bleiben. Das wirkliche Recht stellt eine Summe von strafbaren Handlungen auf, deren durch Abstraktion gewonnene allgemeine Merkmale natürlich nicht nur die Grenzen zwischen den einzelnen verbotenen Handlungen, sondern auch den Unterschied zwischen den Delikten und anderen irgendwie vom objektiven Rechte

mißbilligten Erscheinungen verwischen müssen. Diese Unvollkommenheit der Begriffe ist aber in der That nur die Folge der oben erwähnten Antinomie, nicht der Grund derselben. Jedenfalls ist es möglich, den Widerspruch auch von diesem Gesichtspunkt aus zu formuliren, wobei dann die Ueberwinwindung des Widerspruches im Wege des fortgesetzten Analysirens der Thatbestände als ein mögliches Problem erscheint. Man kann also sagen: die von Merkel widerlegten Versuche, das civile Unrecht von dem kriminellen prinzipiell zu scheiden, sind darum mißlungen, weil sie einseitige Generalisirungen irgend eines Momentes in den Thatbeständen bilden, in welchen man das allen Delikten gemeinsame und charakteristische sah. Die Kritik Merkel's besteht ja in dem Hinweis auf das positive Recht, d. h. auf die einzelnen strafbaren Handlungen, deren Bau mit dem Ergebniß jener Theorien nicht übereinstimmt. Es scheint nun, als ob diese Widerlegung einseitiger Doktrinen zugleich eine Mahnung an die Wissenschaft richten sollte, mit Vermeidung solcher Fehler aufs Neue die Thatbestände zu analysiren.

Man sollte also das allen strafbaren Handlungen Gemeinsame suchen, und die so gewonnenen allgemeinen Merkmale der Delikte sollten zugleich wenigstens insofern charakteristische Merkmale sein, als durch dieselben das kriminelle Unrecht von dem bürgerlichen unterschieden werden kann. Daß jene Merkmale den Erfordernissen einer vollständigen Definition, es sei des civilen oder des kriminellen Unrechts, nicht entsprechen, hindert nicht deren Brauchbarkeit für unsere Aufgabe, den Unterschied zwischen den beiden Formen des Unrechts festzustellen.

Die Untersuchung des Unrechts aber setzt diejenige des Rechts voraus: wie nichtssagend es auch sein mag, das Unrecht als die Negation des Rechts zu bezeichnen, die Beziehung

(Korrelation) zwischen den beiden Begriffen ist doch durchaus wesentlich. Es käme sonst eine Zweideutigkeit in den Begriff des Rechts hinein, infolge dessen derselbe sich von seinem logischen Gegentheil nicht genau unterscheiden könnte. Wenn eine Wirksamkeit, die im Namen des Rechts geübt wird, bezw. von den Organen des Staates ausgeht, als eine „Reaktion" gewissen Erscheinungen gegenüber charakterisirt wird, so muß die Natur dieser Gegenwirkungen als Aeußerungen einer Reaktion des Rechts in Frage gestellt werden, wenn man nicht daran festhalten will, daß jene Erscheinungen in irgend welchem Sinne dem Rechte zuwiderlaufen.

Die Formen nun, in welchen die Wirkungen des objektiven Rechts hinsichtlich der Regulirung der Lebensverhältnisse, durch die diese zu Rechtsverhältnissen werden, hervortreten, sind, wenn von der bloßen Abgrenzung der Thatbestände und Rechtsfolgen abgesehen wird, die subjektiven Rechte und — wie allgemein gelehrt wird — die jenen entsprechenden subjektiven Pflichten. Zwar reicht die Einigkeit der Doktrin nur bis dahin, daß die beiden Begriffe des Rechts und der Pflicht prima facie korrespondirend seien. Weit gehen aber die Ansichten auseinander, wenn man fragt, ob die Rechtslehre auf dem Einen oder dem Anderen prinzipiell aufgebaut werden soll, oder ob vielleicht beide denselben Anspruch auf dogmatische Verwerthung haben. Es ist dies die Grundfrage der allgemeinen Rechtslehre. Wir gehen auf die betreffenden Formulirungen des Problems aus älterer und neuerer Zeit im Einzelnen nicht näher ein, stellen aber nur den heutigen Stand der Frage dahin fest, daß gegenüber den neueren Bestrebungen Thon's, Bierling's u. A., die imperativische Natur aller Rechtssätze darzulegen, die gewöhnliche Auffassung (von einer herrschenden Lehre darf man wohl nicht mehr in diesen Dingen sprechen) an der Selbständigkeit des subjektiven Rechts gegenüber der

ihm korrespondirenden Pflicht festhält, bezw. die dogmatischen Darstellungen von einer Eintheilung der Rechtssätze in berechtigende oder gewährleistende und verpflichtende ausgehen. Immerhin findet auch diese Ansicht die wissenschaftliche Bedeutung jener Eintheilung nur darin, daß nach Belieben der eine oder der andere Gesichtspunkt angelegt werden kann, um den Charakter eines Rechtsverhältnisses dogmatisch zu bestimmen. Man nimmt an, daß die Korrelation zwischen dem subjektiven Rechte und der Pflicht in gleicher Weise das ganze Rechtsgebiet durchzieht [21]). Es scheint aber, als ob diese Ansicht auf einer Unterschätzung der Frage selbst beruhe: die Kontroverse, ob durch eine einfache logische Operation das Recht in die Pflicht und umgekehrt verwandelt werden könne oder nicht, scheint jedoch wahrlich keinen Anspruch darauf machen zu können, ein Gegenstand sachlicher, in die Dogmatik des Rechts tief eingreifender Erörterungen zu werden. Die Lösung, sie mag in der einen oder anderen Richtung liegen, wäre, wenn nichts Anderes in Frage käme als die Möglichkeit jener logischen Operation, für die Dogmatik des Rechts ohne allen und jeden Werth, wie denn auch z. B. die Lehrbücher in einzelnen Lehren ganz unabhängig von den verschiedenen Auffassungen ihrer Urheber in der hier in Rede stehenden Frage zu sein scheinen. Dagegen findet sich bei einem der Schriftsteller, welche die imperativische Natur aller Rechtssätze vertheidigen, eine tiefere Auffassung über die Bedeutung des Problems, eine Auffassung, welcher wir durchaus zustimmen möchten. Es sagt Bierling [22]) „es ist ein Irrthum, ... daß wir die Thatsache leugnen wollten, daß sich Erlaubnisse und Ermächtigungen in zahl-

21) Vgl. z. B. Pernice in der Zeitschrift f. d. Privat- und öffentl. Recht, VII S. 478, Merkel in der Zeitschrift für Strafrechtswiss., VI S. 519, Encyklopädie § 165 a.

22) Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe, II S. 322.

reichen Rechtsvorschriften . . . finden, ja in der äußeren Fassung der einzelnen Gesetzbestimmungen oft viel unmittelbarer hervortreten, als dasjenige, was wir den Imperativ im Rechtssatze nennen. Was die Vertreter der hier angefochtenen Theorie hier wirklich behaupten, ist einzig dies, daß bei einer wirklich durchgreifenden Analyse irgend eines Rechtssatzes als rechtliches Residuum d. h. als wirkliches Produkt der Rechtsbildung schließlich immer und überall nur übrig bleibt ein oder mehrere Imperative"[28]).

---

28) Die beiden verschiedenen Ansichten sind bekanntlich in den Quellen vertreten. Einerseits wird das permittere als ein selbständiges Produkt des Gesetzes neben die Imperative (das imperare, vetare) in l. 7 D. de leg. 1, 3, l. 9 C. de leg. 1, 14, gestellt, während andererseits z. B. in l. 4 pr. D. de statu hom. 1, 5 von der natürlichen, durch imperativische Gesetze beschränkten Freiheit gesprochen wird. Vgl. auch l. 52 § 6 D. de obl. et act. 44, 7. Wahrscheinlich hat die imperativische Fassung der lex, die freilich etwas von der hier in Rede stehenden Frage ganz verschiedenes ist, sowie der Befehlsgehalt vieler Rechtsgebilde, z. B. der Interdikte, die sich neben dem Aktionensystem ausbildeten, dazu beigetragen, daß die römischen Juristen mitunter in ihren allgemeinen Aussprüchen die Lehre von der imperativischen Natur alles objektiven Rechts vorzutragen scheinen. Selbstredend wird hiermit jene Theorie nicht zu der des römischen Rechts. Die allgemeinen Parömien in l. 55 und 151 D. de reg. jur. 50, 17 enthalten praktisches Recht, m. a. W. sie sind Rechtssätze nur, wenn unter jus nicht die natürliche Freiheit verstanden wird. Man denke z. B. an die cautio damni infecti. Wenn in der Verpflichtung zum Schadenersatze eine Eigenthumsbeschränkung läge und wenn durch die Auflegung dieser Verpflichtung ausgesprochen sein würde, daß der Eigenthümer etwas nicht thun dürfe (Windscheid, Pand., I § 169 Anm. 16), so würde ja die Konsequenz die sein, daß das Recht des Eigenthümers an sich in dieser Richtung gar keinen ethischen Inhalt hätte, weil es durch die ihm kraft der Thatsache seines Eigenthums obliegenden Pflichten aufgehoben würde. Dies wird nur möglich, wenn unter dem subjektiven Recht die natürliche Freiheit verstanden wird. Demgegenüber sagen wir: in dem Verfahren oder Verhalten des Eigenthümers, der zur Stellung der cautio damni infecti verpflichtet wird, bezw. einen Schadenersatz zu leisten hat, liegt keine Ausübung des Eigenthumsrechts: es ist nicht eine Schranke des subjektiven

Unserer Ansicht nach würde nun eine solche durchgreifende Analyse der Rechtssätze zu einem anderen Ergebnisse führen. Schon die dogmengeschichtliche Thatsache, daß der Streit für und wider die imperativische Natur der Rechtssätze Jahrhunderte hindurch zu keinem Abschluß hat kommen können, hat uns den Gedanken nahe gelegt, daß die Frage vielleicht hinsichtlich verschiedener Rechtstheile verschieden zu beantworten wäre, m. a. W. das Problem sollte einmal durch eine Analyse des objektiven Rechtes gestellt, bezw. gelöst werden, die von vornherein die Möglichkeit ins Auge faßte, daß einige Lebensverhältnisse vom objektiven Rechte vorzugsweise durch berechtigende Rechtssätze ausgestaltet werden, d. h. in der Form subjektiver Rechte ausgeprägt werden, andere dagegen durch verpflichtende Rechtssätze (Normen), d. h. zu Rechtspflichten ausgebildet werden. Die überlieferte Eintheilung der Rechtssätze hätte einen inneren Grund und richtigen Sinn, die gewöhnliche Auffassung aber von der Bedeutung dieser Eintheilung, nach welcher bei der dogmatischen Beurtheilung der einzelnen Rechtsverhältnisse nichts darauf ankommt, ob die passive oder die aktive Seite zum Ausgangspunkt genommen wird, bedürfte einer durchgreifenden Berichtigung. Nicht von der sprachlichen Formulirung, sondern von dem realen Inhalte dem Zwecke und der Funktion der Rechtssätze wäre bei der Eintheilung auszugehen. Es sollte also untersucht werden, ob nicht gewisse Rechtssätze in erster Linie subjektive Rechte als

---

Rechts, die durch einen imperativischen Rechtssatz hergestellt wird, sondern die Nichtexistenz des Eigenthumsrechts nach einer bestimmten Richtung hin kraft der Selbstbeschränkung des berechtigenden Rechtssatzes: was innerhalb des subjektiven Rechts liegt, ist Schöpfung des objektiven Rechts, was außerhalb, ist entweder verboten oder rechtlich irrelevant oder ein Drittes: es kann nämlich sein, daß der Eigenthümer zum Schadenersatze verpflichtet wird. Daß dies nur dadurch möglich sein sollte, daß ein Verbot übertreten worden ist, ist, wie später zu zeigen, eine Annahme ohne Grund.

primäre Rechtsfolgen des objektiven Rechts, und jenen entsprechende Gebundenheiten als sekundäre Rechtsfolgen (des objektiven wie des subjektiven Rechts), andere dagegen in erster Linie die Rechtspflichten als das Primäre, und jenen entsprechende rechtliche Interessen als sekundäre Wirkungen des objektiven Rechts wie der Pflicht zu schaffen bezwecken.

Die Art und Weise aber, wie diese Verschiedenheit durch das ganze Rechtsgebiet hindurch nachgewiesen werden könnte, m. a. W. wie sich das Rechtsleben zwischen Rechten und Pflichten, bezw. die Rechtsnormen (im w. S.) zwischen berechtigenden und verpflichtenden Rechtssätzen vertheilen, kann hier nicht verfolgt werden, weil die nöthigen Vorarbeiten betreffs zahlreicher Rechtstheile ganz und gar fehlen. Die Bedeutung von Recht und Pflicht muß für jedes Rechtsgebiet besonders untersucht werden: sie ist nicht überall dieselbe. Es ist nicht, wie die gewöhnliche Ansicht anzunehmen scheint, nur der Inhalt der Befugnisse und Verbindlichkeiten, der innerhalb der verschiedenen Rechtstheile verschieden ist, sondern auch der formale Charakter der Rechte und der Pflichten selbst, mag auch diese Verschiedenheit logisch wie sachlich nur eine Folge jener sein, was hier dahingestellt werden muß. Um den Charakter der rechtlichen Dispositionen zu bestimmen, welche das Korrelat des civilen und kriminellen Unrechts bilden, genügt eine Untersuchung der Rechtssätze, welche dem Privatrecht, bezw. Strafrecht angehören. Die hier nothwendige Inkoncinnität, welche zahlreiche pflichtwidrige Handlungen und rechtswidrige Zustände von der Untersuchung ausschließt, mag durch die dogmengeschichtliche Bedeutung des Problems von dem Unterschiede des civilen und kriminellen Unrechts einigermaßen aufgewogen werden. Hinsichtlich dieses engeren Gebietes soll der Versuch gemacht werden, nachzuweisen, daß der oben hervorgehobene Unterschied innerhalb des objektiven Rechts

derartig hervortritt, daß die Rechtssätze des Privatrechts sämmtlich gewährleistende sind, diejenigen aber, welche dem Strafgesetze zu Grunde liegen, zu den verpflichtenden gehören.

Die Frage nach den Formen des Unrechts kann, wie früher hervorgehoben, nicht gelöst werden, ohne daß das Unrecht dem objektiven Rechte gegenüber gestellt und verglichen wird mit dem Rechte, d. h. den berechtigenden und verpflichtenden, bezw. nur verpflichtenden Rechtssätzen, welche bestimmen, was objektives Recht überhaupt ist, und ebenso mit den konkreten Rechten und Pflichten, bezw. nur mit den Pflichten, welche bestimmen, was dem A. Recht ist und dem B. Pflicht, bezw. dem A. und B. Pflicht 2c. Giebt es nur verpflichtende Rechtssätze, bezw. nur Pflichten, nicht aber subjektive Rechte, die jenen gegenüber selbständig sind, so kann das Unrecht nichts anderes als Pflichtverletzung sein, d. h. eine Handlung, welche dem Handelnden als eine Uebertretung einer ihm obliegenden Pflicht zugerechnet werden kann. Giebt es aber auch berechtigende Rechtssätze, bezw. subjektive Rechte, so kann das Unrecht auch ein Widerstreit diesen gegenüber sein, bezw. ein Zustand, dessen Unrecht darin liegt, daß der Berechtigte sein Recht nicht hat oder nicht bekommt, ein Zustand, welcher zwar seinen Grund in der Pflichtverletzung eines Anderen haben kann, nicht aber haben muß, eben weil das Dasein von selbständig berechtigenden Rechtssätzen, d. h. solchen, welche sich nicht aus den Verpflichtungen herleiten lassen, vorausgesetzt wurde. Die Tragweite dieses Unterschiedes zwischen einer pflichtwidrigen Handlung und einem rechtswidrigen Zustand wird verständlich durch einen Hinweis auf die analogischen Erscheinungen innerhalb des moralischen Ethos. Nur dadurch gewinnen auch die Ausdrücke — Handlung und Zustand — eine technische Bedeutung, bezw. einen festen Inhalt. Dieselben formalen Gesichtspunkte, von welchen aus das Unrecht

innerhalb des moralischen Gebietes betrachtet werden muß, kehren nämlich, wenn auch modifizirt, in der Lehre vom juristischen Unrechte wieder. Es sind dies die zuerst von Schleiermacher aufgestellten drei Formalbegriffe — Tugend, Pflicht und opus morale — allgemeiner die innere Willensrichtung, die Handlung, und das Ergebniß, wie es als Zustand durch die Handlung unmittelbar hervorgebracht wird. Die Beobachtung der Thatsachen des ethischen Lebens giebt das Auseinanderfallen dieser Gesichtspunkte in verschiedene Prinzipien an die Hand, welche die verschiedenen Gruppen der ethischen Erscheinungen beherrschen. Man findet in dieser ethischen Thatsache einen Ausdruck der vorzugsweise gerechten Willensrichtung oder Gemüthsstimmung (Tugend), in jener eine pflichtgemäße Handlung, wieder in anderen Thatsachen vorzugsweise opera moralia, gute Werke; die relative Abwesenheit aber der beiden anderen Erscheinungsformen giebt dazu keinen Anlaß, die bezüglichen Erscheinungen als außerhalb des Gebietes des Ethos, bezw. als antiethische zu charakterisiren. Hiernach gewinnt man einen Eintheilungsgrund für diese Erscheinungen, den Formalbegriff nämlich, in welchem die ethische Thatsache sich vorzugsweise manifestirt. Die moralphilosophischen Systeme haben bekanntlich bis auf Schleiermacher einzelne jener Gesichtspunkte einseitig verwerthet, ein Umstand, welcher auf die in der Sache selbst liegenden Verschiedenheiten hinweist. In analoger Weise läßt sich die Unsittlichkeit in jedem einzelnen Falle entweder als eine unsittliche Willensrichtung, oder als eine pflichtwidrige Handlung, oder endlich als eine böse That (opus immorale) charakterisiren, ohne daß die relative Abwesenheit des einen oder anderen Moments der Bezeichnung der betreffenden Erscheinung als unsittlich überhaupt im Wege stehen kann.

In weit höherem Grade fallen aber die Formalbegriffe

innerhalb des Gebietes des Rechts auseinander. Die formalen Gesichtspunkte, von welchen aus das Unrecht hier betrachtet werden muß — ein rechtswidriges Wollen, eine pflichtwidrige Handlung und ein rechtswidriger Zustand — decken einander nicht, sondern sie — oder vielmehr nur die beiden letzteren — sind Prinzipien für zwei verschiedene Formen des Unrechts, je nachdem der Schwerpunkt bei der Beurtheilung der rechtswidrigen Erscheinungen auf die eine oder die andere gelegt wird. Der erste Formalbegriff tritt überhaupt in den Hintergrund, denn das objektive Recht bezweckt nur eine äußere Ordnung von Handlungen und Zuständen, nicht eine Ordnung der inneren Willensrichtungen an sich (oben S. 357). Das rechtswidrige Wollen, welches sich nicht in einer äußeren Handlung manifestirt, ist ja vom juristisch-technischen Standpunkt in der Regel irrelevant. Dieser Gesichtspunkt fehlt zwar nicht, gewinnt aber im Rechte, besonders der pflichtwidrigen Handlung gegenüber, keine selbständige Stellung und giebt kein Prinzip an die Hand, um eine selbständige Form des Unrechts aufzustellen. Das Auseinanderfallen der beiden anderen Formalbegriffe hat wesentlich denselben Grund, sie sind als juristische Formalbegriffe die Formen der äußeren Seite des Ethos, hinsichtlich welcher eine strengere Einheitlichkeit und Kongruenz der verschiedenen Momente überhaupt undenkbar ist.

Aus dem disparaten Verhältnisse, in welchem die beiden juristischen Formalbegriffe zu einander stehen, folgt nun einerseits, daß ein Zustand auch dann rechtswidrig sein kann, wenn er nicht auf eine Pflichtverletzung zurückzuführen ist, m. a. W. daß ein (Ergebniß oder) Zustand vom Standpunkte der Rechtsordnung aus seinen Werth oder Unwerth haben kann, unabhängig von der Handlung, durch welche derselbe hervorgebracht worden ist, anderseits daß die Pflichtwidrigkeit

der Handlung unabhängig davon ist, ob ein rechtswidriger Zustand vorliegt oder nicht, daß also die Handlung an sich rechtlich relevant ist, unabhängig von ihrer Wirkung. Man denke einerseits an den Zustand, der in der Person des bonae fidei possessor zum Vorschein kommt[24]), andererseits an eine strafbare Handlung, die sich als ein Versuch mit absolut oder relativ untauglichen Mitteln charakterisirt. Dies scheint uns nun für die Beantwortung der Frage nach der Natur der Rechtssätze entscheidend zu sein. Nach der Lehre von der imperativischen Natur aller Rechtssätze sollte kein Zustand, sondern sollten nur Handlungen als rechtswidrig bezeichnet werden können. Das objektive Recht kann Handlungen befehlen oder verbieten, Zustände aber nicht. Die Forderung, daß ein Zustand so oder anders sein „soll“, ist sachlich kein Im-

24) Hierhergehörig ist die Kontroverse über das Erforderniß eines Verschuldens oder, nach unserer Terminologie, einer Pflichtverletzung zu der mora debitoris. Gegen die Elemente einer gesunden Psychologie verstoßend, hält die herrschende Ansicht an diesem Erforderniß fest. Diese Ansicht enthält freilich in so fern einen richtigen Kern, als von den in der Person des Schuldners zum Vorschein kommenden Umständen keineswegs völlig abgesehen werden, darf, das Fehlerhafte liegt aber in der Subsumirung jener Umstände unter den Begriff des Verschuldens, wo sie nicht hingehören. Auch wenn man z. B. so weit ginge, daß man annähme, daß die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners, wenn sie durch unverschuldete Unglücksfälle verursacht worden, von den rechtlichen Folgen des Verzuges befreite, so wäre thatsächlich das Erforderniß des Verschuldens nicht aufrechterhalten: denn das ist doch zweierlei, ob Jemand in Bezug auf ein Ereigniß, das sein Vermögen zerstört hat, im Verschulden ist, oder ob ihm die Thatsache, das seinem Gläubiger nicht rechtzeitig Genüge gethan geworden, zugerechnet werden kann. Im Strafrecht wird es bekanntlich mit diesen Sachen genauer genommen. Der Verzug ist ein rechtswidriger Zustand, dessen Unwerth auf dem in ihm enthaltenen, dem Recht des Gläubigers widerstreitenden Ergebniß beruht, nicht eine pflichtwidrige Handlung, deren Unwerth in dem Verschulden des Säumigen liegen sollte.

perativ, sondern das Produkt gewährleistender Rechtssätze, bezw. eines subjektiven Rechtes. Hierdurch entstehen die zwei Formen des Unrechts. Der Pflichtübertretung und dem opus immorale auf dem Gebiete der Moral entsprechen auf dem Gebiete des Rechts die Uebertretung eines verpflichtenden Rechtssatzes, wenn die passive Seite des Rechtsverhältnisses die primäre ist, und das Verfahren, Verhalten oder der Zustand, welcher im thatsächlichen Widerspruch mit einem berechtigenden Rechtssatze, bezw. mit einem subjektiven Rechte stehen (opus juri contrarium), wenn die aktive Seite des Rechtsverhältnisses, d. h. das subjektive Recht, das in erster Hand relevante ist. Jenes ist der Fall in denjenigen Rechtsverhältnissen, deren Verletzung pönale Rechtsfolgen nach sich zieht. Das kriminelle Unrecht ist also seinem Begriffe nach eine Pflichtverletzung, ein Satz, dessen Umkehrung zwar unzulässig ist, der aber immerhin genügt, um diese Form des Unrechts von dem civilen Unrechte zu unterscheiden. Das civile Unrecht ist nämlich der Zustand, welcher einem subjektiven Rechte zuwider ist, m. a. W. die Form des Unrechts, welche durch das Uebergewicht des dritten Formalbegriffes charakterisirt wird. Das Verhältniß zwischen der pflichtwidrigen Handlung und dem rechtswidrigen Zustande ist dies, daß beim kriminellen Unrechte die Handlung prävalirt (d. h. das für die Rechtsfolge im wesentlichen bestimmende Maß an die Hand giebt) und der durch die Handlung manifestirte oder hervorgebrachte Zustand von nur modifizirender Bedeutung ist, während beim civilen Unrechte das Verhältniß das umgekehrte ist. Unsere Absicht geht also nicht dahin, zu verneinen, daß die Pflicht immer um eines rechtlichen Interesses willen da ist, oder daß umgekehrt dem subjektiven Rechte immer eine Gebundenheit entspricht; aber diese Relativität des Unterschiedes schließt nicht aus, daß das technisch ausgebildete ob-

jektive Recht den Schwerpunkt auf die eine oder die andere dieser Formen legt.

Man könnte nun meinen, daß kein verständlicher Begriff von der „Gebundenheit" möglich sei, wenn dieselbe nicht als Pflicht gedacht werden dürfte. An sich aber ist die Vorstellung oder der Begriff des subjektiven Rechtes von keiner geringeren logischen Vollkommenheit als derjenige der Rechtspflicht: weiß man, was jener ist, so weiß man auch, was diejenige Gebundenheit bedeutet, die sein nothwendiges Korrelat ist. Diese Gebundenheit ist eben nichts als die bloße Kehrseite des Rechts selbst, der Reflex dieses Rechtes in der Person „Anderer". Man könnte sagen, die Gebundenheit sei eine Pflicht, deren Inhalt durch das subjektive Recht bestimmt und gegeben sei; aber diese Formulirung ist ungenau und sachlich nicht ohne Gefahr, weil leicht übersehen wird, wo das Maß für die Pflicht liegt. So bald man an eine Pflicht denkt, muß man folgerecht zur Annahme eines verpflichtenden Rechtsatzes gelangen, d. h. eines Imperatives, der von dem passiven Subjekte des Rechtsverhältnisses eine Handlung fordert; dann aber ist ein unrichtiges Maß für die Gebundenheit da. Ein rechtswidriger Zustand liegt vor, wenn Jemand dem subjektiven Rechte eines Anderen nicht entspricht, m. a. W., wenn er in einem Rechtsverhältnisse, dessen Schwerpunkt auf der aktiven Seite liegt, nicht die Stellung einnimmt, die dieser Seite gemäß ist. Die Annahme, daß eine solche unrichtige oder rechtswidrige Stellung immer durch eine Pflichtverletzung verursacht werden müßte, entbehrt jedes inneren Grundes. Sie wird durch die Thatsache unmittelbar widerlegt, daß das objektive Recht zur Herstellung des Zustandes, der dem subjektiven Rechte gemäß ist, reagirt, es mag eine Pflichtverletzung da sein oder nicht.

Wenn unzurechnungsfähige Personen passive Subjekte privater Rechtsverhältnisse sein können, bezw. bei zurechnungs-

fähigen eine privatrechtliche Verantwortlichkeit ohne Verschulden möglich ist, so muß gesagt werden, daß die Zurechnungsfähigkeit (in abstracto wie in concreto) nicht die Bedingung der Verantwortlichkeit sein kann. Ist es nun widersinnig, einen Imperativ an den Unzurechnungsfähigen zu richten, bezw. zu sagen, daß Jemand, der seine Pflicht nicht kennen sollte, weil er dieselbe nicht kennen konnte, d. h. dem es im einzelnen Falle nicht oblag, eine Norm zu kennen, einer Pflichtverletzung schuldig sei, so bleibt nur der Ausweg, die Gebundenheit als die Folge eines berechtigenden Rechtsatzes zu konstruiren. Wenn aber diese Konstruktion hier eine Nothwendigkeit ist, so ist dieselbe auch überall dann richtig, wenn die Gebundenheit einer zurechnungsfähigen Person, bezw. bei einer zurechenbaren Handlung keinen anderen Inhalt hat, als in jenen Fällen, wo diese subjektiven Bedingungen der Verantwortlichkeit fehlen. Man muß also einen Schritt weiter gehen, als Merkel[25]), und sagen, daß es ein Widerspruch sei, Rechtspflichten anzunehmen, nicht nur wenn der „Verpflichtete" seine Pflicht nicht verstehen und befolgen kann, sondern auch wenn dies Verständniß — mag es thatsächlich da sein oder nicht — rechtlich völlig unerheblich ist. Es folgt dies aus der methodischen Regel, daß dogmatische Begriffe wie die Voraussetzungen der Verantwortlichkeit nach den Forderungen des Minimums gebildet werden müssen.

Daß die aktive Seite des Rechtsverhältnisses innerhalb der verschiedenen subjektiven Privatrechte prävalirt, wäre an der Hand des positiven Rechts leicht zu beweisen. Die dinglichen Rechte in lauter Pflichten Anderer aufzulösen, wie es sich die Lehre von der imperativischen Natur der Rechtssätze vor-

---

25) Zeitschr. f. d. Privat- und öffentl. Recht VI S. 383.

nimmt [26]), heißt dem wirklichen Rechte sowie den Anschauungen des Lebens Gewalt anthun. Nur scheinbar wird hier jene Lehre durch die angebliche Nothwendigkeit gestützt, jedes Rechtsverhältniß als ein Verhältniß zwischen mehreren Personen zu konstruiren, weil eine rechtliche Beziehung zwischen einer Person und einer Sache undenkbar sei [27]). Hierüber nur folgendes. Ein subjektives Recht kann nun zwar nicht als reales Prädikat zu einer Sache gedacht werden, wenn damit angenommen werden sollte, daß eine Person nicht in irgend einer Weise dem Verhältnisse gegenüber ein Interesse hätte. Hieraus aber folgt nicht, daß eine rechtliche Disposition nicht in erster Linie ein Attribut zu einer berechtigten Person sein könne, und die Stellung (den rechtlichen Status), die ihr zusteht, bestimmen, und zwar bei dem dinglichen Rechte ihr Verhältniß zu den Objekten dieser Rechte, d. h. zu einer Sache bezeichnen könne. Ob dies Verhältniß ein Rechtsverhältniß genannt werden soll, ist zunächst eine terminologische Frage. Das Rechtsverhältniß kann ja entweder als ein Verhältniß zwischen Rechtssubjekten, oder aber als die rechtliche Stellung (Status) einer Person überhaupt aufgefaßt werden. Die letztere der beiden möglichen Auffassungen kann nicht als weniger genau, bezw. als nur dem positiven Rechte angehörig bezeichnet werden [28]), wenn

---

26) Z. B. Thou, a. a. O. S. 161 fg., Seuffert in der Zeitschr. f. d. Privat- und öffentl. Recht, XII S. 618.

27) So schon Pufendorff, Kant u. A. Vgl. jetzt z. B. Schloßmann, der Vertrag, S. 258.

28) Wenn die Quellen sagen: res mea est, res est in commercio, res servit etc., so ist dies nicht eben eine naive Ausdrucksweise, die vom rechtsphilosophischem Standpunkte aus durch eine bessere zu ersetzen wäre, sondern eine ganz sachgemäße Terminologie, deren innerer Sinn freilich im römischen Rechte nicht durchgedrungen ist. Ungenau ist es also, wenn das meum esse durch das ius vindicandi definirt wird l. 49 § 1 D. R. V. 6, 1, vgl. z. B. l. 52 D. A. R. D. 41, 1. Wenn die actio in dieser Weise an

nur das „Verhältniß", das ja immer eine Korrelation bedeutet als ein „zwischen" dem Berechtigten und dem objektiven Rechte, bezw. den juristischen Thatsachen bestehendes angesehen wird. Hinsichtlich der Forderungsrechte aber scheint zwar die Anschauung des Verkehrs mindestens ebenso viel die passive Seite des Rechtsverhältnisses in den Vordergrund treten zu lassen, wenn von der Verpflichtung des Schuldners ꝛc. gesprochen wird. Dieser Sprachgebrauch erklärt sich aber als ein unbefangener Ausdruck für die Thatsache, daß sich die Gebundenheit, welche mit jenen subjektiven Rechten verknüpft ist, in besonderer und eigenthümlicher Weise hinsichtlich bestimmter Personen individualisirt, und zwar speziell in der Weise, daß die Gebundenheit in der Regel durch eine Handlung jener Personen realisirt oder aufgelöst werden kann. Hier setzt die moderne Doktrin ein und stellt den Lehrsatz auf, das Objekt des Forderungsrechts sei eine Handlung des Schuldners. Daß die Gebundenheit durch eine Handlung aufgelöst werden kann,

die Stelle des subjektiven Rechtes tritt, muß das Verhältniß z. B. des Eigenthümers zur Sache dem Bewußtsein der Juristen verdunkelt werden und statt dessen das Verhältniß zu der Person, in welcher die Passivlegitimation der Klage vorliegt, in den Vordergrund treten. Es ist hierdurch ein Begriff des dinglichen Rechts geschaffen, dessen heutige Brauchbarkeit, bezw. innere Berechtigung nicht über alle Zweifel erhaben ist. Immerhin aber mag hervorgehoben werden, daß dieses Zurücktreten des subjektiven Rechtes hinter der actio nicht den Schwerpunkt des Rechtsverhältnisses auf die Seite des Beklagten verlegt, sondern im Gegentheil [eben mit der Präponderanz des „Anspruchs" auch] das Recht des Klägers als das primäre Maß, die Verpflichtung des Beklagten als das sekundäre erscheinen läßt. — Umgekehrt wird die actio als ius persequendi iudicio quod sibi debetur (pr. J. de act. 4, 6, l. 51 D. de O. et A. 44, 7) bezeichnet, eine Definition, die schon darum ungenau ist, weil sie eine Zweideutigkeit in den Begriff des Rechts einführt: es scheint erstens eine Gruppe von „Rechten" zu geben (quod sibi debeatur), dann eine zweite Gruppe wiederum von Rechten, die, um die Verfolgung jener vor Gericht möglich zu machen, da sind. Es fragt sich, was dann Recht überhaupt heißen soll?

ist aber ein Moment, das in die Definition des Forderungsrechts nicht aufgenommen zu werden verdient. Dies ist ja keineswegs der einzige modus solutionis, deckt also den Begriff der obligatio nicht. Uebrigens muß ja ein (besonderer) Aufhebungsgrund der Gebundenheit von dieser selbst begrifflich verschieden sein. Wenn es mit dem in jeder Obligation angeblich liegenden Sollen streng genommen würde, so müßte ein großer Theil derjenigen Rechtsverhältnisse, welche immer unter diese Kategorie gerechnet sind, aus dem Begriffe ausscheiden, so die Gebundenheit unzurechnungsfähiger Personen u. s. f. Die Ansicht, welche in jeder Obligation ein Sollen findet, enthält ein so großes Abweichen von dem, was unter Pflicht gewöhnlich verstanden wird, daß die Rechtswissenschaft, schon um den so nothwendigen Zusammenhang mit den übrigen ethischen Wissenschaften zu wahren, dieselbe nur im Nothfalle acceptiren sollte. Es nützt natürlich gar nichts, zu sagen, daß hier nur nach der Rechtspflicht, nicht nach der moralischen Pflicht oder der Pflicht überhaupt gefragt werde; will man jene nicht auf das rein positive Gebot des Gesetzwortes zurückführen, wobei alles möglich wird, so muß zugegeben werden, daß der Begriff der Pflicht denjenigen der Rechtspflicht präjudizirt. Auch dies muß entschieden hervorgehoben werden, daß sonst das wissenschaftliche Interesse, welches an die Frage nach der formalen Natur der Rechtssätze geknüpft ist, ganz und gar verloren gehen muß. Jenes Problem kann ja nicht dadurch als gelöst angesehen werden, daß man annimmt, alle Rechtssätze seien Imperative, wenn man den Pflichtbegriff, um dies Ergebniß aufrecht erhalten zu können, in der Weise umdeuten muß, daß das für denselben Charakteristische — die Verpflichtung zu einer Handlung — verflüchtigt wird.

Die berechtigenden Rechtssätze, bezw. die subjektiven Rechte sind also das positive Etwas, welches das Maß für das sog. civile Unrecht an die Hand giebt. Um aber die Definition des civilen Unrechts, welche hiernach gegeben ist, ebenso evident zu machen wie diejenige des kriminellen Unrechts, nach welcher das kriminelle Unrecht eine Pflichtverletzung (Normübertretung) ist, müssen wir auf den Begriff des subjektiven Rechts näher eingehen. Es muß nachgewiesen werden, wie das subjektive Recht eine derartige Maßbestimmung hinsichtlich des Unrechts an die Hand geben kann. Einerseits ist es unzulässig, in einem thatsächlichen Zustande an sich irgend eine Form des Unrechts wahrnehmen zu wollen; denn wenn z. B. die Sache vom Blitze getroffen und zerstört wird, so ist dieses Ergebniß oder dieser Zustand mit dem Rechte (dem objektiven wie dem subjektiven) ganz und gar inkommensurabel, also auch kein Unrecht, dessen Beziehung zum Rechte nothwendig ist; andererseits soll auch nicht zum rechtswidrigen Zustande eine Normübertretung seitens derjenigen Person, bei welcher die Rechtswidrigkeit liegt, vorausgesetzt werden.

Wenn nun aber das sog. civile Unrecht als ein rechtswidriger Zustand bezeichnet werden muß, das Positive, dessen Negation jene Form des Unrechts darstellt, als ein subjektives Recht charakterisirt wird, so ist es selbstverständlich, daß wir den formalen Charakter des subjektiven Rechtes in einem Zustande erblicken, der dem objektiven Rechte gemäß ist, m. a. W. in einem opus iuris, entsprechend dem opus morale innerhalb der Ethik. Diese Analogie kann dadurch nicht ausgeschlossen sein, daß die Formalbegriffe der Ethik die verschiedenen Seiten des in einer und derselben Person erscheinenden Ethos darstellen, die Formen des rechtlichen Ethos sich dagegen auf verschiedene Personen vertheilen; denn insofern dies

nicht nur ein Schein ist[29]), rührt es von dem oben hervorgehobenen Auseinanderfallen der rechtlichen Formalbegriffe her. Nicht jedes Wollendürfen, oder jedes Interesse, das in irgend einer Weise vom objektiven Rechte geschützt wird, ist schon ein subjektives Recht: es muß ein primär berechtigender Rechtssatz da sein, welcher eben dies Wollen, bezw. dies Interesse besonders sanktionirt. Dadurch aber, daß ein Imperativ zu Gunsten bestimmter Interessen erlassen wird, werden jene Interessen nicht zu einem subjektiven Rechte[30]).

Wir definiren also provisorisch: das subjektive Recht ist derjenige Zustand, welcher von einem berechtigenden Rechtssatze geschaffen wird. Darin liegt erstens, daß der Zustand, welcher dem Rechte gemäß ist, dies nur im Hinblick auf ein Rechtssubjekt, das berechtigt ist, sein kann: ein subjektives Recht ist der Zustand eines Rechtssubjektes, wie er durch einen berechtigenden Rechtssatz bestimmt wird. Das sog. Privatrecht **spectat ad singulorum utilitatem**, ein Satz, dessen richtiger Kern nicht aus dem Grunde übersehen werden darf, weil man fehlerhafte naturrechtliche Theorien an denselben angeknüpft hat. Der Satz besagt nichts von dem Grunde der Rechtsverhältnisse, sondern nur dies, daß die eine Gruppe der recht-

29) Die populäre Vorstellung von Rechtsverhältnissen als „zwischen" mehreren Personen so zu sagen schwebenden Gebilden enthält keinen klaren Gedanken. Sie ist durch die Generalisirung der bei den Obligationen angeblich bestehenden Sachlage entstanden. Wie wir oben zu zeigen versucht haben, besteht das obligatorische Recht aber lediglich in einem Zustande des Berechtigten, einem Zustande, dem, eben weil er ein Recht ist, überall entsprochen werden muß, selbstverständlich in dem Umfange, als er zu Recht besteht. Wenn also gesagt wird, daß die Klage nur gegen den Schuldner geht, so ist zu erwidern, daß die Klage nicht die einzige Form des Rechtsschutzes sei: zahlt ein Dritter, so zeigt die Gültigkeit der Zahlung, daß das Forderungsrecht auch gegen ihn vom Rechte geschützt wird.

30) Vgl. Hölder, Ueber objektives und subjektives Recht, S. 10.

lichen Dispositionen die utilitas **singulorum** bezweckt. Diese Gruppe wird u. E. durch das Uebergewicht des opus juris zusammengehalten und enthält nichts weiter als einen Ausdruck dieses Uebergewichts. Aber eben darin liegt die Erklärung von der Anknüpfung des subjektiven Rechts an den „Einzelnen“. Wie ein opus morale in erster Linie seine Bedeutung und seinen Werth für denjenigen hat, in dessen Person es zur Erscheinung kommt und erst in zweiter Hand für Andere, so auch das opus juris: das Ergebniß oder der Zustand, welcher einmal erreicht worden ist, schließt sich in einer besonderen Weise der Person an, zu deren Gunsten er überhaupt zu Stande gekommen ist.

In dem Umstand, daß das subjektive Recht als ein Zustand definirt wird, welcher dem objektiven Rechte in seiner Richtung auf Gewährleistung gemäß ist, liegt **zweitens**, daß es sich um eine rechtliche Disposition handelt, deren Begriff durch Abstraktion von Handlungen des Berechtigten wie von dem Verfahren oder Verhalten Anderer gewonnen werden muß, insoweit wenigstens als eine Rechtspflicht seitens letzterer keine Voraussetzung für das Dasein oder die Realisirung des subjektiven Rechts sein kann. Das subjektive Recht ist ein opus juris, d. h. ein „gutes Werk“, das seinen bestimmten Werth vom Standpunkte der Rechtsordnung aus unabhängig von allen **Handlungen**, also unabhängig von der Ausübung des Rechts, sowie von der Erfüllung der Pflichten seitens des Berechtigten oder anderer Personen haben kann und thatsächlich hat. Das Eigenthum z. B. ist nicht das Wollendürfen oder das Interesse, welches der Eigenthümer hinsichtlich der Sache hat, sondern der Zustand, welcher vom objektiven Rechte durch die gewährleistenden, dieses Recht normirenden Rechtssätze geschaffen wird; und dieser Zustand ist seiner rechtlichen Existenz nach von Wollen und Handlungen

des Berechtigten wie Anderer unabhängig. Im Verhältnisse zum subjektiven Rechte liegen die Handlungen entweder in früherer Zeit — der Erwerb des Rechts — oder in der Zukunft (die Ausübung, bezw. seitens Anderer die Verletzung ꝛc.). Subjektives Recht ist ein gewisses Etwas, das man hat[81]), ein Zustand von definitiver Abgrenzung und Abgeschlossenheit, ein gewisses Etwas, das weder ein Mehr noch ein Weniger ist, sondern sein Maß in sich selber trägt, und eben dadurch als diejenige rechtliche Disposition erscheint, deren formaler Begriff das opus juris ist: ein Ergebniß, das gegen das Verflossene wie gegen das Zukünftige abgeschlossen ist, nicht die Wirksamkeit selbst, die im Fluß der Dinge steht, und dadurch immer über sich selbst hinausweist. Ebenso ist das subjektive Recht von dem Willen und den Handlungen Anderer unabhängig: nichts ist verkehrter als die subjektiven Rechte — die Zustände — in Handlungen — Verbindlichkeiten Aller zum Nichtstören — auflösen zu wollen. Zwar sind die Rechtsfolgen der störenden Handlungen, ebenso wie die Ausübungsakte des subjektiven Rechts die Erkenntnißquellen des Rechts; um aber zum Recht selbst zu kommen, bedarf es einer Schlußfolgerung auf den Zustand, die selbständige Schöpfung des objektiven Rechts, die der Realgrund für die Eigenschaft der Handlungen als Ausübungsakte des Rechts wie auch für die Qualität der Rechtsfolgen als Folgen rechtswidriger Störungen ist.

Im Hinblick auf die Machtqualität des objektiven Rechts und die Natur der Kräfte, die den dem subjektiven Rechte zu Grunde liegenden Lebensverhältnissen innewohnen, mag nun drittens der Zustand, welcher ein subjektives Recht ist, als eine Macht gekennzeichnet werden: es ist die Macht, welche vom objektiven Rechte sowie von den Kräften, die in den für

81) Vgl. Binding, die Normen, II S. 52.

die Entstehung des subjektiven Rechts relevanten Thatsachen liegen, gegeben wird. Die Machtqualität ist für das subjektive Recht wesentlich: das Recht aber ist nicht die Macht in Bewegung (die Wirksamkeit, die Handlungen ꝛc.), sondern in Ruhe (opus operatum), die zwar ein Ausgangspunkt einer neuen Bewegung sein kann, die, weil die Macht ein subjektives Recht ist, zur Ausübung des Rechts wird. Nur die Handlungen also, die vom objektiven Rechte sanktionirt sind, können als Ausübungsrechte der subjektiven Rechte in Betracht kommen. Sie bezeichnen die Grenzen der subjektiven Rechte, weil es ja, von den Rechtsfolgen der Störungen abgesehen, kein anderes Kriterium für das Vorhandensein subjektiver Rechte geben kann. Die Ausübung ist die Funktion des subjektiven Rechts: die einzelnen Ausübungsakte sind Kriterien für das Dasein des Rechts, nicht aber für das Dasein des Rechts als eines Rechtes des Ausübenden, sondern für das Dasein des Rechts überhaupt. Ohne Funktionen des Rechts können wir kein Recht kennen lernen, die Erkenntniß der Funktionen aber führt nicht immer zu der Person, auf welche die Funktionen zunächst zurückgehen. Die Erklärung des ethischen Charakters, der dem subjektiven Rechte innewohnt, bezw. mit der Ausübung des Rechts verbunden ist, setzt diese Begrenzung der Ausübungsakte, bezw. die Begrenzung des Inhalts der subjektiven Rechte, die mit der Forderung einer Sanktion gegeben ist, voraus. Die Bestimmtheit (Konkretion, Begrenzung) des subjektiven Rechts — der aktiven Seite des Rechtsverhältnisses — erhält einen handgreiflichen Ausdruck in der Bestimmtheit der dem subjektiven Rechte korrespondirenden Gebundenheit — der passiven Seite des Rechtsverhältnisses. Diese Gebundenheit ist ein für das Dasein wie für den Inhalt des subjektiven Rechts symptomatisches Moment, nicht aber ein charakteristisches, denn dies ist die konkrete rechtliche Macht, die das Maß für die Rechtsfolgen darstellt.

Das Ergebniß wird also dies sein: das objektive Recht sanktionirt Zustände bestimmten Charakters in eben derselben Weise, wie das Sittengesetz die **opera moralia** sanktionirt. Die Sanktion bedeutet, daß den Werken, welche da sind, vom Standpunkte der Rechtsordnung, bezw. des Sittengesetzes aus ein bestimmter Werth zuerkannt wird, dessen Größe in dem Umfang und Inhalt der Ausübungsakte, bezw. in den Rechtsfolgen der Störungen seinen entsprechenden Ausdruck findet. Die Gebundenheit Anderer ist in der That selbstverständlich, und hat keinen Anspruch auf besondere dogmatische Verwerthung. Wenn der Zustand, bezw. die Wirksamkeit, die als Ausübung des Rechts in Betracht kommen kann, einen rechtlichen Werth hat, so folgt hieraus von selbst, daß Alle verbunden sein müssen, diesen Zustand praktisch zu respektiren: diese Gebundenheit Anderer ist eine sekundäre Funktion der rechtlichen Macht. Sie hat ihr Maß in dieser Macht, die sich als ein ethisches Maß eben dadurch charakterisirt, daß sie ein **opus juris**, ein Werk des objektiven Rechts ist.

Ueberblickt man nun die rechtlich geschützten Interessen, um die Vertheilung der Lebensverhältnisse auf subjektive Rechte und subjektive Pflichten festzustellen, so ist so viel zunächst klar, daß einerseits die Interessen von größter Bedeutung wie das Leben, die Freiheit, die körperliche und geistige Integrität des Menschen von der Rechtsordnung nicht zu subjektiven Rechten ausgebildet werden, wie andererseits auch nicht die unendliche Menge alltäglicher Handlungen und Thätigkeiten: es giebt kein Recht zu essen, zu trinken 2c. Der Gesichtspunkt, von welchem aus die Frage entschieden werden muß, ob in einem gegebenen Falle ein subjektives Recht oder nur ein rechtlich geschütztes Interesse vorliegt, ist von Merkel[32]) dadurch an-

32) Encyklopädie, §§ 150, 153 vgl. § 158 a.

gedeutet, daß er hervorhebt, daß die durch die Rechtsverhältnisse geschützten Interessen (im weiteren Sinne) in verschiedenem Grade Gegenstände der regulirenden und individualisirenden Wirksamkeit des objektiven Rechts sind, und daß der Begriff des subjektiven Rechts einen gewissen höheren Grad der Individualisirung der rechtlichen Macht bedeutet. Nur dies ist nicht hervorgehoben, daß es die Individualisirung eben als Macht ist (d. h. die Konkretion der aktiven Seite des Rechtsverhältnisses), was das subjektive Recht in erster Linie charakterisirt[33]). In der so individualisirten rechtlichen Macht ist nun das Maß für Recht und Unrecht innerhalb des Gebietes des Privatrechts gegeben. Merkel aber ist der Ansicht, daß die nähere Abgrenzung des Grades der Individualisirung, welcher als subjektives Recht bezeichnet werden kann, ohne größeres Interesse sei. Wenn dem so wäre, so würde selbstredend im subjektiven Rechte jenes Maß nicht gesucht werden können. Aber der wissenschaftliche wie der praktische Werth des Unterschiedes wird dadurch nicht aufgehoben, daß es oft schwierig ist, festzustellen, wo die Grenze zwischen dem Erlaubten (d. h. dem subjektiven Rechte, bezw. dessen Ausübungsakten) und dem Nichtverbotenen liegt. Es giebt ja

33) Wenn wir nämlich Merkel recht verstehen, muß nach seiner Ansicht (vgl. Encyklopädie § 165a, Zeitschrift f. Strafrechtswissenschaft, VI S. 519) das Rechtsverhältniß, welches nach der einen Seite hin ein subjektives Recht ist, sich eben so gut nach der anderen Seite als eine individualisirte Pflicht charakterisiren lassen. Die Tragweite der Merkel'schen Definition des subjektiven Rechts würde sich dann auf die Hervorhebung des Individualisirungsmomentes beschränken. Außerdem wäre nur gesagt, daß wenn vom subjektiven Rechte gesprochen wird, an die aktive Seite des Rechtsverhältnisses gedacht wird, nicht daß an diese gedacht werden muß. Von einer Vertheilung des Rechtslebens zwischen einander nicht korrespondirenden ubjektiven Rechten und Pflichten ist bei Merkel nicht die Rede.

rechtlich geschützte Interessen, die Niemand als subjektive Rechte bezeichnen wird, ebenso wie andere, die auf diesen Namen einen durchaus begründeten Anspruch haben, und von diesen äußersten Punkten aus sollte die Wissenschaft den zweifelhafteren Fällen näher treten, jedoch ohne zu wähnen, immer eine absolute Entscheidung treffen zu können. Es mag auch bemerkt werden, daß die Zahl der Grenzfälle dadurch erheblich herabgesetzt werden kann, daß sich die Untersuchung vorläufig innerhalb der Sphäre des Privatrechts und der strafbaren Handlungen bewegt. Andererseits kommt ja die Praxis vielfach in die Lage, Entscheidungen über die Frage treffen zu müssen, ob eine bestimmte Wirksamkeit, die z. B. Anderen einen Schaden verursacht hat, als Ausübung eines Rechts des Handelnden in Betracht kommen kann oder nicht.

In dem Umstande, daß das subjektive Recht als eine individualisirte rechtliche Macht definirt wird, liegt viertens, daß keine vollständige Definition möglich ist, sondern daß jene Begriffsbestimmung durch einen Hinweis auf das positive System vervollständigt werden muß. Wie der Deliktsbegriff seinen letzten Abschluß durch das Strafgesetz als die Erkenntnißquelle für die verbotenen Handlungen findet, ebenso werden die subjektiven Rechte (soweit sie hier in Betracht kommen) durch das abgeschlossen, was das positive Privatrecht von rechtlicher individualisirter Macht an die Hand giebt. Wie die verbotenen Handlungen im Strafgesetz katalogisirt sind, so auch die subjektiven Rechte in dem System des Privatrechts, und andere verbotene Handlungen, bezw. subjektive Rechte giebt es (innerhalb der bezeichneten Sphäre) nicht. Dieser Satz ist zwar selbstverständlich, ja trivial, enthält aber der herrschenden Ansicht gegenüber eine Schwierigkeit. Eine weit verbreitete Vorstellung nämlich, die auch von der Wissenschaft getheilt wird, scheint zahllose Rechte und Pflichten zu kennen, die freilich

innerhalb der systematischen Darstellungen nicht besonders zum Vorschein kommen. Es wird z. B. vielfach gelehrt, durch allerlei Verträge entstehen subjektive Rechte, während die Darstellungen sich selbstredend auf eine gewisse Zahl beschränken müssen. Durch diesen Hinweis entsteht der Schein, als ob das Gebiet ganz und gar ohne Schranken wäre, während in der That eine solche Schrankenlosigkeit undenkbar ist. Sie ist undenkbar, weil die Dogmatik des Rechts ihre Aufgabe durch Referiren der rechtlichen Dispositionen gelöst haben muß, welche die Rechtsquellen an die Hand geben. Daß aber die Rechtsquellen, der Begriff mag noch so schwankend sein, nicht zahllose Dispositionen geben, muß Jedermann klar sein, dem sich nicht alles unter der nebelhaften Vorstellung des allgemeinen Rechtsbewußtseins oder der „Vernunft der Völker" verbirgt.

Man könnte jedoch sagen, daß unsere Definition des subjektiven Rechts nicht besonders lehrreich sei: das subjektive Recht ist ein Zustand, der durch einen berechtigenden Rechtssatz sanktionirt wird. Welche Rechtssätze sind aber berechtigende? Antwort: siehe das Privatrecht! Es mag zugegeben werden, daß unsere Definition keine Begriffsbestimmung im strengsten Sinne giebt — was ebensowenig bei den Definitionen der herrschenden Ansicht der Fall ist — sondern sie giebt nur einen Allgemeinbegriff an, aber einen engeren als die bisherigen Theorien: wir haben ja vieles von dem Begriffe ausgeschlossen, was gewöhnlicher Ansicht nach unter ihn fallen muß. Aber auch durch unsere Definition wird es nicht möglich, eine völlig klare Vorstellung von dem Inhalte des Begriffes zu gewinnen. Ob dies auf der Schwäche aller allgemeineren Begriffe beruht, oder darin seinen Grund hat, daß in der That ein noch engerer Allgemeinbegriff für die subjektiven Rechte des Privatrechts aufgestellt werden kann, soll hier nicht untersucht werden,

da für unsere Zwecke die Hervorhebung der durch die obige Begriffsbestimmung gegebenen Merkmale genügt.

Aus diesem Begriffe des subjektiven Rechtes ergiebt sich nun die Nothwendigkeit, auch für das moderne Recht ein System der subjektiven Rechte bezw. der Klagen aufzustellen in eben demselben Sinne, wie dies das römische Recht einst aufstellte [34]). Erst mit diesem Systeme wird auch ein prakti-

34) Im römischen Recht ist die technische Ausbildung der subjektiven Rechte so zu sagen unter der schützenden Verkleidung der Aktionen geschehen. Es würde uns zu weit führen, wenn wir auch nur anzudeuten versuchten, welchen Einfluß diese eigenthümliche Form auf die Struktur der aktiven Seite der Rechtsverhältnisse ausgeübt hat; nur darf darauf hingewiesen werden, daß die Aktionen einerseits zu einer historisch früheren Ausbildung subjektiver Rechte beigetragen haben, als der, zu welcher es ohne jene Form gekommen wäre, andererseits aber der Entwickelung jener Rechte, wie sie als in technischer Hinsicht vollendet gedacht werden können, in vielen Beziehungen im Wege gestanden haben. Es sind dies Hindernisse, die kaum im heutigen Recht völlig überwunden sind. Die actio giebt einerseits als fertiges Produkt des objektiven Rechts, bezw. der Thatbestandsmomente, bei deren Vorhandensein die actio datur, ein wirkliches jus quaesitum, wenn es mit diesem Begriffe nicht allzu streng genommen wird, andererseits ist ja niemals mit der actio die völlige Konkretion des Anspruches gegeben, es bleibt ja immer für das officium judicis ein weiterer oder engerer Spielraum, dessen Größe mit dem Grade der technischen Ausbildung des subjektiven Rechts im umgekehrten Verhältnisse steht. Wenn man nach der Ursache jener eigenthümlichen Erscheinungen des römischen Rechts fragt, so ist zunächst auf die Zweigliedrigkeit des klassischen Processes hinzuweisen, die eine Rückwirkung auf die Gliederung der materiell-rechtlichen Dispositionen ausgeübt hat, so wie ferner auf die Natur und Art des objektiven Rechts, wie es von den Römern als ein für sich seiendes aufgefaßt worden ist: dies für sich seiende objektive Recht konnte die völlige Ausprägung der subjektiven Rechte nicht bewirken, wohl aber eine theilweise Gestaltung, der die Merkmale des subjektiven Rechts nicht ganz abgesprochen werden können. Nach einer anderen Seite hin ist es eine Folge der mangelhaften Ausbildung der subjektiven Rechte, daß die in die Form der Aktionen gekleideten „Ansprüche" von den sog. Strafklagen nur ungenügend unterschieden worden sind. M. a. W. die Form der actio entbehrt insofern der Individualisirung, die auf ein zu

kabler Begriff von dem sog. civilen Unrechte möglich. Erst

Grunde liegendes subjektives Recht hinweist, als die actio, weil ein formales Gebilde auch die Ansprüche auf Strafe aufzunehmen fähig ist. Es handelt sich aber nur um die Privatstrafen, die hierdurch den Charakter des jus quaesitum anzunehmen scheinen. Es sind also nicht Gründe, die nur in der Aktionenform liegen, welche jene Gestaltung der römischen Strafklagen veranlaßt haben. Bekanntlich findet sich eine Kontroverse hinsichtlich der Frage, von welchem Gesichtspunkte aus die römische Eintheilung der Aktionen gedacht worden sei, welche zwischen actiones poenales und actiones quibus rem persequimur unterscheidet. Wenn die ältere Ansicht den Unterschied darin finden wollte, ob der Verpflichtete das zu Ersetzende in seinem Vermögen hat oder nicht, so ist allerdings hiergegen mit Recht Verwahrung eingelegt (Brinz), und die Verschiedenheit der Zwecke jener Klagen als deren entscheidendes Merkmal bezeichnet worden (Regelsberger, Pand., I S. 221). Was heißt rem persequi? M. E. ist hier bei dem Argumente Windscheid's, Actio S. 23, einzusetzen. Denn wenn wirklich die a. poenalis ein erworbenes Forderungsrecht in ganz demselben Sinne geltend machte wie z. B. die Klage aus einem Schenkungsversprechen, so wäre nicht nur die rei persecutio ein leeres Wort, sondern selbstredend auch die ganze Eintheilung sinnlos. Es muß aber die Voraussetzung bestritten werden: hinter der actio qua rem persequimur steht zwar immer das Recht, welches verfolgt wird, hinter der a. poenalis steht aber nur ein Interesse, dessen Verletzung durch das Delikt überall erst ein Forderungsrecht entstehen läßt. Vgl. Brinz, Pand., I Aufl. S. 386: „Die poena ist uns nicht Gegenstand, geschweige denn das Recht des Klägers". Nicht aber darf man mit Brinz den Gegensatz der beiden Aktionengruppen auf den Unterschied zwischen der Verfolgung des Rechts und der des Unrechts stellen, denn das Unrecht wird in beiden Fällen gleichmäßig verfolgt. Wir sagen: res bezeichnet den Klagegrund im weiteren Sinne — man klagt auf Grund seines Rechtes — sowie den Gegenstand oder Inhalt der Klage — der Kläger will sein Recht durchführen; poena dagegen ist nur Inhalt oder Gegenstand der Klage, nicht Grund derselben, denn dies ist das rechtliche Interesse des Klägers bezw. die Pflichtverletzung der Beklagten. Versuchen wir zuletzt die Definition der actio qua rem persequimur: sie ist eine actio, durch welche ein schon vor der Entstehung der actio existentes subjektives Recht in der Form wie es vorher bestand oder in einer mit jener Form gleichwerthigen geltend gemacht wird, während durch a. poenalis Ansprüche geltend gemacht werden, die früher in der Form rechtlich geschützter Interessen bestanden, die jetzt zu Strafansprüchen verwandelt worden sind.

dann wenn konkrete Forderungen vorliegen, kann das Maß für einen dem subjektiven Rechte widerstreitenden Zustand bestimmt und erst danach der Zustand selbst als rechtswidrig bezeichnet werden [35]).

Es muß aber jetzt die Frage aufgeworfen werden: wann kann in Wahrheit gesagt werden, daß ein Zustand dem subjektiven Rechte zuwider ist [36]). Man bemerke folgendes: wenn

35) In der Konkretion des subjektiven Rechts liegt der Grund zur Ausbildung der einzelnen subjektiven Rechte in besondere Typen. Die Typen sind, um mit Hegel zu sprechen, das „konkrete Allgemeine". Was der Typus einem jeden Berechtigten geben soll, das soll auch dem in concreto Berechtigten zukommen ohne Rücksicht auf pflichtwidrige Handlungen oder individuelle Schuld — alles Verschulden ist nothwendig individuell! — in der Person dessen, der durch den Typus gebunden ist. Diese Typenbildung der subjektiven Rechte ist eine Folge der Individualisirung der aktiven Seite des Rechtsverhältnisses. Wer z. B. durch eine Handlung bestimmter Art (ein Rechtsgeschäft) einen Typus geschaffen hat, der für einen Anderen ein subjektives Recht involvirt, muß sich darein zu finden wissen, daß die durch den Typus bestimmten Rechtsfolgen sich gegen ihn kehren, ohne andere Einschränkungen als die durch den Typus selbst gegebenen und vorausgesehenen, die ihrerseits aus der billigen Rücksicht auf einen Jeden folgen, der einen solchen Typus ins Leben gerufen hat. Wenn wir so die subjektiven Rechte als Typen bezeichnen, soll dadurch doch nicht verneint werden, daß auch die Delikte gewissermaßen denselben Charakter haben, wenn auch in geringerem Grade. Die Typenbildung der Delikte aber ist schwächer, weil es in erster Linie die passive Seite des Rechtsverhältnisses ist, die der individualisirenden Macht des objektiven Rechts unterworfen ist. Die passive Seite kommt hier wesentlich als Schuldmoment in Betracht, was aber individueller, nicht schematischer Beurtheilung bedarf. Dem schematischen Urtheil im Civilprozesse über das Dasein oder Nichtdasein subjektiver Rechte entsprechen die absolut bestimmten Strafgesetze des älteren Strafrechts, während die modernen Straflatituden eine Beschränkung der Typenbildung innerhalb des strafbaren Unrechts auf ein möglichst enges für die Praktikabilität des Rechts erforderliches Gebiet zur Folge haben.

36) Die korrespondirende Frage: wann liegt eine Pflichtverletzung vor? soll hier nicht besprochen werden. Selbstredend wird eine Handlung vorausgesetzt und zwar eine solche, die dem Handelnden zugerechnet werden kann.

an einen gegebenen Thatbestand Rechtsfolgen geknüpft werden, die nach dem Prinzipe des dritten Formalbegriffes (des opus juris) unter dem Namen subjektiver Rechte zu Einheiten oder Typen zusammengeschlossen werden, so sind die Funktionen dieser Rechtsfolgen, die Ausübungsakte, hinsichtlich der Bedingungen ihrer empirischen Wirklichkeit, so wie der Thatbestand selbst, an Thatsachen geknüpft, die außerhalb der Sphäre des Thatbestandes im gewöhnlichen Sinne liegen. Was durch den Thatbestand an sich gegeben ist, das ist zunächst nur die Forderung, daß die Rechtsfolgen auch in die Wirklichkeit eintreten sollen, m. a. W. daß dem Zustande, der dem Rechte gemäß ist, die empirische Wirklichkeit entsprechen soll. Wer Recht hat, soll auch Recht bekommen (behalten) — dem soll auch Recht geschehen . . . „Ein Recht haben" heißt: in demjenigen Zustande sein, der durch den Thatbestand des betreffenden Rechts, bezw. durch den betreffenden Rechtssatz entstanden ist. Ein Recht bekommen oder sein Recht bekommen heißt denjenigen „Nutzen" haben, den jener Zustand involvirt. Eine absolute Grenze ist hier nicht zu ziehen, der Unterschied liegt aber in der Regel auf der Hand. Wenn es keinen solchen Unterschied gäbe, wäre das civile Unrecht nicht ein Widerstreit der Zustände; das subjektive Recht wäre nicht ein Zustand, sondern ein Sollen, das seine Erfüllung in sich selbst trüge, das Unrecht also ein außerhalb der Sphäre des Rechts liegendes Unglück, was in der That die letzte Konsequenz der Lehre von der imperativischen Natur aller Rechtssätze ist. Das Kausalverhältniß aber, welches früher von uns als zwischen Thatbeständen und Rechtsfolgen bestehend angenommen worden ist, wird einerseits nicht mit untrüglicher Naturnothwendigkeit verwirklicht, bleibt aber andererseits auch nicht bei einer rein abstrakten Forderung, beim bloßen Sollen, stehen. Schon das objektive Recht ist nicht ein bloßes Sollen sondern eine Macht,

welche die sich ihr entgegenstellenden Hindernisse zu überwinden strebt. Und ebenso sind die Thatbestände, aus welchen die subjektiven Rechte entstehen, nicht bloße Abstraktionen oder die logischen Voraussetzungen der Rechtsfolgen, sondern reale Kräfte von bestimmter Art und Stärke. Nicht jedes Hinderniß aber soll auf dem Wege Rechtens beseitigt werden. Entstehen mit den Thatbeständen keine Rechtsfolgen oder werden die normalen Wirkungen jener, nachdem das Recht selbst einmal entstanden ist, paralysirt, so liegt deshalb nicht gleich ein rechtswidriger Zustand vor. Was da ist, kann vielmehr eine bloße Rechtsvereitelung sein, und zwar eine solche, die weder als verbotene Handlung zu strafen noch sonst von Rechtswegen abzuwehren ist. Vgl. Ihering in diesen Jahrbüchern X S. 317 ff. Für das Dasein eines rechtswidrigen Zustandes wird außerdem vorausgesetzt, daß das subjektive Recht seinem Wesen nach fortbesteht. Dies folgt aus dem Postulate, daß das subjektive Recht ein selbständiges Maß für das civile Unrecht an die Hand geben muß. Die Abgrenzung des rechtswidrigen Zustandes wird daher durch den Charakter der möglichen Rechtsfolgen bestimmt. Wo gar keine Rechtsfolgen vom objektiven Rechte vorgesehen sind, da ist auch kein Grund vorhanden, den Zustand als einen rechtswidrigen zu bezeichnen: das subjektive Recht ist dann in der Richtung, in welcher z. B. das Objekt des Rechts durch die Störung getroffen ist, nicht ausgebildet. Aber andererseits muß gefordert werden, daß der Thatbestand des subjektiven Rechtes noch fortwirkt, m. a. W., daß eine Forderung auf die entsprechende Umgestaltung des Thatsächlichen (der Lebensbeziehungen) noch zu Recht besteht, eine Forderung auf einen Rechtsschutz, der in der Form eines Zurückkehrens des thatsächlichen Zustandes zu dem rechtlichen realisirt werden kann. Denn sonst wäre es zwar denkbar, daß der neue Zustand ein Moment im That-

bestande für ein neues Recht bilden könnte; nicht aber könnte man sagen, daß der neue Zustand dem früheren subjektiven Rechte zuwider sei, weil ja dieses nicht mehr da wäre. Es muß also die Identität des subjektiven Rechtes ungeachtet des rechtswidrigen Zustandes bewahrt worden sein. Nur in diesem Falle kann ein rechtswidriger Zustand vorliegen, und es tritt eine Rechtsfolge ein, die die Widerherstellung, bezw. die Realisation des Zustandes bezweckt, der der Natur und der Intention des verletzten Rechts gemäß ist. Es ist dieser Charakter der Rechtsfolgen, der die Identität des Rechts beweist. Nur wo die Rechtsfolgen diesen Charakter haben, ist auch das subjektive Recht das Maß der Rechtsfolgen, und nur dann liegt ein rechtswidriger Zustand vor.

Bei der Strafe kommt nichts darauf an, daß die subjektiven Interessen des Verletzten in jener Weise realisirt werden sollen, nichts darauf, daß der Verletzte ein Recht bekommen soll, sondern daß dem Verpflichteten sein Recht (im weitesten Sinne) geschehen mag, d. h. daß seine Pflichtverletzung geahndet wird. Das Leben, die Freiheit, die Ehre rc. und andere durch das Strafgesetz geschützte Interessen haben, in so weit sie durch das Strafgesetz geschützt sind, den Charakter eines Rechtsgutes nur wenn und soweit sie durch Normübertretung verletzt werden. Und eben das ist der Grund, weshalb dieselben von uns als nur rechtlich geschützte Interessen, nicht als subjektive Rechte bezeichnet worden sind. Die eben angeführte Thatsache ist nichts als ein Ausdruck für die fehlende Individualisirung der aktiven Seite des Rechtsverhältnisses. Das subjektive Recht hat im Auge der Rechtsordnung einen bestimmten Werth unabhängig von seiner Verletzung, insbesondere unabhängig von seiner Verletzung durch Normübertretung. Die Normübertretung bewirkt als solche keinen dem subjektiven Rechte zuwiderlaufenden Zustand. Diejenigen Interessen, die durch das Strafgesetz geschützt werden, bilden nicht

ein System solcher Typen wie die subjektiven Rechte. Eine Naturalrestitution ist hier immer undenkbar. Wenn der Bestohlene wieder zu seinem Eigenthum kommt, so ist dies nicht eine Restitution der durch das Verbot des Diebstahls geschützten Interessen, noch ein Aequivalent für dieselben. Es fehlt diesen Interessen der feste Inhalt und die typische Gestalt des subjektiven Rechtes.

Wenngleich es bei der Relativität des Unterschiedes zwischen dem subjektiven Rechte und der Gebundenheit einerseits, der subjektiven Pflicht und dem rechtlich geschützten Interesse andererseits möglich ist, daß der rechtswidrige Zustand durch die Natur der Handlung, die ihn hervorgerufen hat, modifizirt wird, z. B. durch dolus, culpa, mora, mala fides des Handelnden, oder umgekehrt die pflichtwidrige Handlung durch die Verschiedenheit ihrer Wirkung modifizirt werden kann, wie dies z. B. beim Versuch des Verbrechens der Fall ist, so muß doch stets daran festgehalten werden, daß diese resp. Umstände, die innerhalb der einen Sphäre charakteristisch und individualisirend sind, innerhalb der anderen nur modifizirend sind. Denn sie haben hier nicht die Kraft, die Rechtsfolge nach ihrer Verschiedenheit verschieden zu formen. So ist es innerhalb des Privatrechts für den Inhalt der Rechtsfolgen in der Regel gleichgültig, ob der rechtswidrige Zustand durch eine dolose oder kulpose Handlungsweise hervorgerufen worden ist, und auch da, wo das Verschulden (culpa) die Grenze der Verantwortlichkeit zu bestimmen scheint, hat dieser Begriff keinen selbständigen Inhalt, sondern, was hier culpa bedeutet, wird durch den Inhalt des subjektiven Rechts bestimmt, welches allein das Maß für die Rechtswidrigkeit ist[37]). In analoger

---

37) Es zeigt sich dies z. B. innerhalb des Obligationenrechts in der Lehre vom Verzuge sowie von der Unmöglichkeit der Leistung, wo das Operiren mit dem einfachen Begriffe des Verschuldens (culpa) und der subjektiven Unmöglichkeit zu Fiktionen führen muß. Es kongruiren hier

Weise muß hinsichtlich des strafbaren Unrechts hervorgehoben werden, daß es nicht möglich ist, ein dem Deliktsysteme korrespondirendes System der verletzten Rechte aufzustellen, deren Verschiedenheiten einen bestimmenden Einfluß auf die Natur der Rechtsfolgen haben sollten. Zwar ist ausnahmsweise in dem rechtlich geschützten Interesse, welches durch das Delikt verletzt wird, u. a. auch ein subjektives Recht zu entdecken, z. B. beim Diebstahl, insofern dieser das Eigenthum verletzt; aber dieses Zusammentreffen ist durchaus zufällig. Der Schwerpunkt des Rechtsverhältnisses, das für jenes Delikt maßgebend ist, bezw. der Norm, welche den Diebstahl verbietet, liegt offenbar nicht auf der aktiven Seite, in dem Rechte des Eigenthümers, denn dann müßte die Strafe wesentlich nach dem Umstande bemessen werden, ob, bezw. wielange u. s. f. der Eigenthümer seiner Sache beraubt worden sei. Es müßte als ein in besonders hohem Grade mildernder Umstand angesehen werden, daß der Eigenthümer bald nach dem Diebstahle wieder zu seiner Sache gekommen ist u. s. f. Das Recht aber trägt solchen Umständen gar nicht in dem Grade Rechnung, in welchem es, wenn die hier bestrittene Auffassung richtig wäre, der Fall sein würde; es sind ferner nicht jene Umstände an sich, die einen erheblichen Einfluß auf die Strafe ausüben, sondern nur insofern durch dieselben als Indizien Anderes bewiesen wird, kurz sie sind wesentlich nur von symptomatischer Bedeutung. Wie hier die aktive Seite des Rechtsverhältnisses technisch zum bloß geschützten Interesse abgeschwächt wird, so tritt umgekehrt beim rechtswidrigen Zustande eine technische Abschwächung der passiven Seite (bezw.

---

eben das Recht und die Pflicht nicht, wohl aber das Recht und die Gebundenheit. Nicht um die Eigenschaft des Beklagten, ob er ein bonus pater familias ist, handelt es sich hier in erster Linie, sondern um die Frage, ob dem Inhalte des konkreten Rechts des Klägers entsprochen worden ist oder nicht.

im Unrechte eine Abschwächung des Deliktsmomentes) zu einer Verbindlichkeit, eine gewisse Sorgfalt zu entwickeln, ein, einer uneigentlichen 'Pflicht', deren Umfang durch den Inhalt des gegenüberstehenden subjektiven Rechtes bestimmt wird. Ferner: wie das rechtlich geschützte Interesse unter Umständen, z. B. bei Uebertretungen, Gefährdungsdelikten, auch bei Versuchen und Vorbereitungshandlungen, verschwindend gering zu sein scheint — das Interesse scheint beinahe darin aufzugehen, daß solche Handlungen überhaupt nicht vorgenommen werden dürfen — so kann umgekehrt die vom subjektiven Rechte geforderte Sorgfalt hinsichtlich ihrer Pflichtqualität dahin abgeschwächt werden, daß eine rein objektive Thatsache die Gebundenheit zu gründen scheint, z. B. beim bonae fidei possessor: man darf nicht ohne besonderen Rechtstitel fremde Sachen wider Willen des Eigenthümers in Besitz haben, ein Satz, der, als Imperativ gefaßt, eine reine Absurdität wäre. Immerhin bleibt auf diesem äußersten Punkt etwas von der Seite übrig, welche in den Hintergrund tritt: einerseits verbietet kein verständiges Strafgesetz Handlungen um der Handlungen willen, andererseits giebt kein Privatrecht die Eigenthumsklage ganz unabhängig von dem Verhalten 2c. des Beklagten. Aber es liegt auf der Hand, daß der Schwerpunkt in jenem Falle auf die Pflicht, in diesem auf das Recht fallen muß.

Ferner: wie innerhalb der Lehre von den Delikten die Untersuchungen über die pflichtwidrigen Handlungen auch die betreffenden rechtlichen Interessen berücksichtigen müssen, um derentwillen die Norm aufgestellt worden ist, und so eine Summe von rechtswidrigen Zuständen vorzuliegen scheint, so muß auch die Lehre von dem civilen Unrecht die Handlungen, welche die rechtswidrigen Zustände hervorgerufeu haben, berücksichtigen, und hier erscheinen jene Handlungen natürlich als Pflichtverletzungen, in dubio als kulpose Delikte. Hierdurch entstehen die beiden korrespondirenden Vorstellungen von dem

Delikte als einer subjektiven Rechten zuwiderlaufenden Handlung und von dem civilem Unrechte als einem durch eine Normübertretung hervorgebrachten rechtswidrigen Zustand. Auf diese Weise kann nun die Einheit des Unrechts bewahrt werden. Aber die beiden Vorstellungen sind nur dadurch gewonnen, daß man das Moment, welches in den resp. Gebieten nur von modifizirender Bedeutung ist, zu einem dem charakteristischen Merkmale gleichwerthigen erhoben hat.

Der Unterschied zwischen civilem und kriminellem Unrechte geht aus dem Unterschiede zwischen den Formalbegriffen des rechtlichen Ethos hervor. Unsere Ausführungen bezwecken nicht, wie die von Merkel einst widerlegten älteren Theorien, innerhalb des Unrechts eine Gruppe an sich strafbarer Handlungen durch ein einheitliches Merkmal ohne Rücksicht auf das positive Recht auszusondern. Wir sagen nur: wenn eine nach dem positiven Rechte strafbare Handlung vorliegt, dann hat der Gesetzgeber einen imperativischen Rechtssatz aufgestellt und in der Strafe demselben eine Sanktion gegeben; wenn aber der Gesetzgeber nicht strafen will, sondern ein Interesse durch die sog. Civilexecution realisirt wissen will, dann liegt der Schwerpunkt auf der aktiven Seite des Rechtsverhältnisses, und ein berechtigender Rechtssatz ist eben dadurch aufgestellt: das Unrecht besteht hier darin, daß der Zustand einem subjektiven Rechte zuwider ist. Welche subjektiven Rechte aber, und welche Pflichten der Gesetzgeber hat aufstellen wollen, kann von diesen formalen Gesichtspunkten aus nicht angegeben werden. Man schließt nur von den verschiedenen Rechtsfolgen auf Verschiedenheit der Rechtssätze, welche die Thatbestände jener Rechtsfolgen normiren, und gelangt dadurch zu einem formalen Unterschiede dieser Thatbestände und demgemäß zu den verschiedenen Formen des Unrechts. Es mag aber sogleich bemerkt werden, daß, wenn einmal dieser Schluß von der Dogmatik des Rechts gezogen worden ist, es in der

Natur der Dinge selbst zu liegen scheint, daß diese Unrechtsfolgen von diesen Unrechtsformen hervorgerufen werden. Es ist dies eine Folge des Zusammenhanges zwischen der Form oder den Formalbegriffen und dem Inhalte des Ethos: jene hat auf diesen einen Einfluß, der hinsichtlich des hier in Rede stehenden Unterschiedes auch dem verschiedenen materiellen Inhalte der rechtlichen Dispositionen einen relativ hohen Grad von Stetigkeit und Abgeschlossenheit giebt. Die Durchführung der formalen Gesichtspunkte übt auf die Beurtheilung der rechtlichen Erscheinungen eine Rückwirkung aus: wo ein Lebensverhältniß nach dem Rechtsbewußtsein einer bestimmten Kulturstufe die Aufstellung einer wirklichen Rechtspflicht zuläßt, bezw. fordert, d. h. wo das Rechtsbewußtsein wirklich an das Handeln einer Person bestimmte Forderungen richten kann, da giebt der Gesetzgeber der Pflicht eine pönale Sanktion, wenn er eine Sanktion nöthig findet. Und hier tritt die Geschichte des Privat- und des Strafrechts ein, welche zeigt, daß wenn auch die Anschauungen verschiedener Völker und Zeitalter verschieden gewesen sind, dennoch diese Anschauungen nicht von zufälliger Laune und Willkür bestimmt worden sind, sondern durch soziale Thatsachen, die sich einer wissenschaftlichen Feststellung, wenn auch nur in großen Zügen, nicht entziehen.

## Die Thatbestände der Schadenstiftung.

Der Begriff des Unrechts und seiner Eintheilung ist nun für die Frage nach dem Thatbestande des Schadenersatzes präjudiziell. Namentlich die Zweideutigkeit des Wortes Rechtsverletzung hat Verwirrung gebracht. Wenn eine Rechtsverletzung als wesentliches Moment in dem Thatbestande des Schadenersatzes angesehen wird, so darf das Wort nicht gleich „Delikt" verstanden werden, einmal weil es unmöglich ist, in jedem Verschulden, das einen Schaden verursacht, ein Delikt zu erblicken, sodann weil selbst das von besonderen Delikts-

typen abgelöste Verschulden den Thatbestand der Schadenstiftung keineswegs deckt: es giebt Fälle, in welchen Schadenersatz „aus objektiven Gründen" geleistet werden muß. Faßt man nun, um die Schwierigkeiten zu überwinden, die Rechtsverletzung als eine Verletzung subjektiver Rechte auf (civiles Unrecht in unserem Sinne), so fragt sich erstens, welche subjektiven Rechte hier in Betracht kommen können, zweitens welche Rolle dann das Verschulden neben dem rechtswidrigen Zustande spielt. Es soll daher der Versuch gemacht werden, zunächst das Verhältniß des Schadens zu dem einem subjektiven Rechte widerstreitenden Zustande, dann das Verhältniß der in dem Thatbestande der Schadenstiftung liegenden Kausalität (oder kulposen Handlung) zu der pflichtwidrigen Handlung kurz anzugeben.

Der Schaden als Moment im Thatbestande der Schadenstiftung ist nach dem positiven Rechte das Maß für den Umfang des Schadenersatzes. Ein solches Maß giebt nun weder das immaterielle Interesse, welches verletzt werden kann, noch die physische Sache, die geschädigt wird, an die Hand, sondern nur das Vermögen. Ein Schadenersatz im eigentlichen Sinne ist daher nur beim Vermögensschaden denkbar. Jedoch mag hervorgehoben werden, daß die Ausschließung der Beschädigungen immaterieller Lebensgüter in der That nur dadurch begründet wird, daß verschiedene Rechtsregeln hinsichtlich dieser Beschädigungen nachgewiesen werden können. Zu diesem Zwecke genügt hier die Bemerkung, daß der Umfang des „Schadenersatzes" in diesen Fällen nicht in der Weise von dem Grade des Verschuldens unabhängig sein kann, wie es beim Schadensersatz im eigentlichen Sinne der Fall ist. Bei der Schätzung jener Einbuße ist die Analogie mit der Strafbemessung nicht abzuweisen. Die Analogie mit dem Strafmaße liegt hier nahe, eben weil die immateriellen Interessen heutzutage vorzugsweise einen Gegen-

stand strafrechtlichen Schutzes bilden [38]). Selbstredend wird hierdurch der Schaden, welcher am Vermögen durch Verletzung immaterieller Interessen entstanden ist, von dem Begriffe des Schadens im eigentlichen Sinne nicht ausgeschlossen. Für das Dasein eines Vermögensschadens ist die Natur des unmittelbaren Angriffsobjekts der Schadenszufügung ganz indifferent. Entscheidend ist nur, daß die Vermögenslage einer Person beeinträchtigt ist.

Daß der Schaden im technischen Sinne, d. h. als ein Moment im Thatbestande des Schadenersatzes auch von der Beschädigung eines Sachobjektes unterschieden werden muß, ist namentlich von Degenkolb (a. a. O. S. 22 a. E.) hervorgehoben worden. Der juristisch-technische Grund dieses Unterschiedes ist mit jenem analog: der Umstand, daß eine Sache zerstört oder beschädigt worden ist, giebt für die hier in Frage stehende Rechtsfolge nicht in der Weise das bestimmende Maß, wie es beim Schadenersatze gefordert werden muß [39]).

Wie steht es aber mit der Kongruenz zwischen dem Ver-

---

38) Vgl. Degenkolb in dem Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 76 S. 25 Anm. 36.

39) Hinsichtlich des Schadensbegriffes verweisen wir auf die Abhandlung Degenkolb's, deren Ergebnissen wir durchaus zustimmen. Außerdem mag auf die Auseinandersetzungen über den Begriff des Vermögens, die von nationalökonomischer Seite gegeben sind (namentlich E. Böhm v. Bawerk, Rechte und Verhältnisse vom Standpunkte der volkswirthschaftlichen Güterlehre, S. 79 fg.), hingewiesen werden. Für die Lehre vom Schadenersatz kommt eben der nationalökonomische Begriff vom Vermögen in erster Linie in Betracht, was selbstredend nicht Modifikationen im Einzelnen ausschließt, z. B. daß die Arbeitskraft eines Menschen vom Standpunkte der Schadenersatzlehre zum Vermögen gezählt werden muß. Es mag dahingestellt bleiben, ob für das Privatrecht überhaupt die übliche Identifizirung von Vermögen und Vermögensrecht zutreffend ist, für die Lehre vom Schadenersatz ist sie dies entschieden nicht.

mögen und dem subjektiven Rechte, das unmittelbar oder mittelbar ein körperliches Objekt zum Gegenstande hat? Wir gehen bei der Beantwortung dieser Frage von den bezüglichen Rechtsfolgen aus und schließen wie früher aus deren Verschiedenheit auf die Verschiedenheit des positiven Etwas, welches das Maß für die Rechtsfolgen enthält. Der Unterschied zwischen dem Schadenersatz und der sog. Naturalrestitution im Gebiete der dinglichen Rechte liegt auf der Hand. Wird hier aus irgend einem Grunde nicht restituirt, so ist der Schadenersatz als die einzige noch mögliche Rechtsfolge mit der Naturalrestitution nicht zu verwechseln. Eine andere Stellung scheint aber der Schadenersatz bei der Nichterfüllung von Forderungsrechten einzunehmen. Bleibt hier aus irgend welchem Grunde die Naturalerfüllung aus und tritt an deren Stelle die Geldexekution ein, so scheint die herrschende Ansicht anzunehmen, daß ein Schadenersatz vorliege. Durch diese Annahme wird es aber unmöglich, die Einheit des Thatbestandes der Schadenstiftung festzuhalten. Es wird dringend nöthig sein, den Schadenersatz im eigentlichen Sinne von jenem Aequivalent zu unterscheiden, was freilich unter Umständen mit großen Schwierigkeiten verbunden sein kann. Es ist aber nöthig, weil sonst jede datio in solutum ein Schadenersatz sein würde, ferner weil sonst der Ersatz, welcher z. B. aus Versicherungsverträgen gefordert werden kann, ein Schadenersatz wäre, schließlich weil sonst die Vertheilung der Gefahr, welche in einem schwebenden Obligationsverhältnisse mit dem kasuellen Untergang der Sache verknüpft wird, unter den Gesichtspunkt des Schadenersatzes fallen würde[40]). Es läuft dieser Unterschied auf das hinaus, was früher von uns bereits hervorgehoben wurde, daß

---

40) Vgl. Hälschner im Gerichtssaal, XXVIII S. 406 Anm., und Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht, S. 53 fg.

es nämlich eine dringende Aufgabe ist, den Inhalt der einzelnen subjektiven Rechte genau festzustellen. Das Rechtsgeschäft, als repräsentativer Thatbestand für die Entstehung der subjektiven Rechte, theilt die typische Natur, die diesen eigenthümlich ist, und enthält daher eine typische Regulirung jener Gefahr, eine Regulirung, deren Anwendung im einzelnen Falle sich als eine Regulirung der Erfüllung (in der Form eines Aequivalentes) darstellt. Ebenso enthalten jene Typen (die Rechtsgeschäfte) die Regeln, welche den von den vertragschließenden Parteien geforderten Grad der Sorgfalt bestimmen, Regeln, deren Anwendung gleichfalls unter jenen Begriff einer Erfüllung subsumirt werden muß.

Das allgemeine Prinzip, von welchem aus entschieden werden kann, ob ein Anspruch auf Schadenersatz oder aber auf das Aequivalent für die Nichterfüllung des Forderungsrechts vorliegt, ist dies, ob das durch die Nichterfüllung entstandene Rechtsverhältniß fortdauernd jene durch das Rechtsgeschäft gegründete typische Natur und typischen Inhalt hat, oder aber die Natur der Regelwidrigkeit angenommen hat, welche dem Thatbestand des Schadenersatzes eigenthümlich ist. Aeußere Kriterien gewährt natürlich die Anschauung des Lebens darüber, ob durch die Nichterfüllung ein besonderer Schaden d. h. ein wirklicher Schaden entstanden ist oder nicht, sowie über die Vertheilung der Beweislast zwischen den Parteien. Der Kläger, welcher nur ein Aequivalent für das verletzte Recht beansprucht, braucht nur die Entstehung des bezüglichen subjektiven Rechts zu beweisen, nicht aber wird dadurch ein Anspruch auf Schadenersatz bewiesen. Zu diesem Zwecke müßte vom Kläger erstens ein Schaden, zweitens ein Grund für die Ersatzpflicht des Beklagten bewiesen werden, von dem aber weder das eine noch das andere durch Darlegung der Thatsachen, welche die Entstehung des subjekiven Rechts bedingen, zu erhärten wäre. Nicht aus jedem Beweis, durch

welchen ein Verschulden des Beklagten dargethan wird, darf der Schluß gezogen werden, daß die Klage auf Schadenersatz hinauslaufe, weil ja die Behauptung des Klägers möglicherweise nur dahin geht, daß der Beklagte die in dem Rechtsgeschäfte selbst liegende Forderung auf eine gehörige Sorgfalt vernachlässigt habe. Wenn dies der Fall ist, so wird das Maß dieser Sorgfalt durch den Inhalt des Rechts des Klägers bestimmt. Die Klage geht also auf Erfüllung (möglicherweise auf Erfüllung durch ein Aequivalent), nicht auf Schadenersatz. Die Nichterfüllung einer Verbindlichkeit ist an sich kein Schaden: das Forderungsrecht, welches nicht erfüllt worden ist, steht ja nach wie vor dem Berechtigten zu und hat seinem Werthe nach nichts eingebüßt. Der Gläubiger erleidet durch die bloße Nichterfüllung keinen Schaden, sondern sieht sich nur in die Lage versetzt, den Betrag seiner Forderung mit Hülfe des Gerichts und der Exekution einzuziehen[41]).

---

41) Der Unterschied zwischen dinglichen und obligatorischen Rechten liegt also nach dieser Seite hin darin, daß diese eine Verwandlung in Geldforderungen vertragen, jene aber nicht. Die schwierige Frage nach der Identität des subjektiven Rechts ist in der That nicht zu umgehen, wenn sie auch, je nachdem sie zu verschiedenen Zwecken gestellt wird, verschieden beantwortet werden kann. Hier sagen wir: das dingliche Recht verliert seine Identität, wenn statt seiner ein Aequivalent zugesprochen wird; nicht so das Forderungsrecht. Das Forderungsrecht verträgt eine Umwandelung seines Objekts in Geld, ohne seine Identität zu verlieren. Die inneren Gründe dieses Unterschieds sind hier nicht zu erörtern; nur muß bemerkt werden, daß daraus, daß die Identität eines Forderungsrechts nicht durch eine derartige Verwandelung aufgehoben wird, noch nicht geschlossen werden darf, es müsse jedes Forderungsrecht in dieser Weise verwandelt werden können. In den viel besprochenen Worten der l. 9 § 2 D. de statulib. 40, 7 sehen wir theils einen Ausdruck für die unbestreitbare Tendenz, kraft welcher alle Forderungsrechte sich in eine Geldleistung aufzulösen streben, theils eine Andeutung, daß in Fällen, wo sich diese Tendenz verwirklicht, in der That vom Standpunkte des römischen Rechts nichts anderes realisirt wird, als was schon in ipsa obligatione enthalten war. M. a. W. die römischen Juristen haben die Bedeutung der Naturalerfüllung an sich bei den Obligationen so

Hieraus folgt hinsichtlich der Thatbestände, daß die übliche Eintheilung der Schadenersatzpflicht, nach welcher von dem Schadenersatz in Vertragsverhältnissen die von einer früheren zwischen den Parteien bestehenden Obligation unabhängige Ersatzpflicht zu unterscheiden sei, nicht haltbar ist: die einzige Rechtsfolge, die in obligatione ist, heißt Erfüllung oder die Leistung eines Aequivalentes. Wohl aber kann die Nichterfüllung einen Schaden zur Folge haben, was in der Regel sogar der Fall sein wird. Die Nichterfüllung ist dann ein Moment von symptomatischer Bedeutung, welches das Vorhandensein eines Schadens, für den Ersatz zu leisten ist — zwar nicht beweist, aber — indizirt, in ganz derselben Weise wie der Umstand, daß eine Sache, die das Objekt eines dinglichen Rechts ist, zerstört wird, ein solches Kriterium bildet. Durch die nur symptomatische Bedeutung des rechtswidrigen Zustandes wird die Aufstellung einer Schadenersatzpflicht in Fällen, wo weder ein dem dinglichen Rechte widerstreitender Zustand, noch eine Nichterfüllung obligatorischer Rechte vorliegt, erst möglich (siehe oben S. 355), z. B. bei Verletzung des Lebens, der Freiheit, der Ehre rc. Die in praktischer Hinsicht wichtigsten Fälle bleiben aber die, bei welchen eins der beiden genannten symptomatischen Momente vorhanden ist. Es ist ja die Wirkung der juristischen Symptomatik, daß die Praktikabilität des Rechts erleichtert wird. Es sind eben darum jene Fälle die

---

gering angeschlagen, daß sie die Umwandelung eines Forderungsrechts in Geld als eine den Inhalt dieses Rechts treffende Veränderung nicht betrachtet haben. Dieser Satz steht fest, auch wenn durch die angezogene Stelle nichts für die Nothwendigkeit des Geldwerthes des Obligationeninhaltes bewiesen wird.

Einen positiven Beweis für diese Anschauung liefert die Möglichkeit, durch novatio eine solche Umwandelung zu bewirken. Sogar die Umwandelung des ursprünglich zu leistenden in das Interesse schadet der Identität nicht, l. 18 § 1 D. de acceptil. 46, 4.

normalen und typischen, eine Thatsache, die in der verhältnißmäßig größeren Sicherheit der Bemessung des Schadens in diesen Fällen einen Ausdruck findet. Wo aber jene symptomatischen Momente fehlen, wird die Bemessung des Schadens schwieriger. Die Schwierigkeit darf aber nicht eine Abweisung aller Ansprüche auf Schadenersatz veranlassen, eben weil jene Momente nur symptomatisch sind, m. a. W. weil der Schadenersatz seinem inneren Wesen nach von diesen Voraussetzungen unabhängig ist. Man muß sich in diesen Fällen an die anderen Momente halten, die nach der allgemeinen Anschauung des Verkehrslebens auf die Vermögenslage der betreffenden Person einen Einfluß haben ausüben können. Unter Umständen ist dieser Einfluß ohne erhebliche Schwierigkeit zu ermessen, z. B. wenn ein Arbeiter durch Körperverletzung eine Zeit lang nichts verdienen kann und später vollständig genesen ist. In anderen Fällen aber ist die Ermittelung schwieriger, z. B. wenn der Tod eines Menschen verursacht worden ist. Selbstverständlich kann diese Thatsache vom Standpunkte der Rechtsordnung aus nicht in erster Linie als das Wegfallen einer ökonomischen Kraft betrachtet werden, deren kapitalisirter Werth den Gegenstand eines Anspruchs auf Schadenersatz seitens der Angehörigen oder Erben oder gar der Gläubiger des Todten sein würde, sondern das Recht bleibt hier durch positive Regelung dabei stehen, daß eine gewisse Summe, deren Größe entweder durch Gesetz oder aber durch richterliches Ermessen bestimmt wird, den Angehörigen zugesprochen wird [42]). Die

42) Auch die neueste Gesetzgebung hinsichtlich der Verantwortlichkeit des Unternehmers für Betriebsunfälle bietet Beispiele solcher positiver Regelung. Nicht aus besonderer Rücksicht auf die Billigkeit, sondern nur aus Rücksicht auf die Praktikabilität des Rechtes ist diese Spezialgesetzgebung hervorgerufen worden. Die vielfach komplizirten Verhältnisse haben das besondere Eingreifen des Gesetzgebers veranlaßt. Das Maß aber für die Ersatzpflicht ist seinem inneren Wesen nach kein anders als in den gewöhnlichen Fällen.

Nothwendigkeit positiver Regelung liegt hier auf der Hand, ihrem Wesen nach unterscheidet sich aber diese Schadenersatzpflicht in dem Momente des Schadens von der gewöhnlichen nicht.

Unser Ergebniß ist also kurz folgendes. Der Vermögensschaden darf nicht als ein rechtswidriger Zustand angesehen werden, denn jener kann unabhängig von diesem bestehen. Ein rechtswidriger Zustand ist aber ein Symptom für die Existenz eines Schadens, der der Gegenstand einer Ersatzpflicht ist; auch in diesem Falle aber ist der Inhalt des Anspruches auf Schadenersatz mit demjenigen der Ansprüche auf Restitution oder Erfüllung nicht identisch. Unterscheidet man nicht zwischen Schaden und Rechtsverletzung, im Sinne einer Verletzung des subjektiven Rechts, so ist es nur eine natürliche Konsequenz, wenn die Fälle, in welchen eine Schadenersatzpflicht ohne Verschulden vorliegt, dadurch abgethan werden, daß man sagt, es liege doch eine Rechtsverletzung vor. Dann aber müßte die ganze Lehre vom Schadenersatze auf dieses Prinzip gestellt werden, was Niemand behaupten will. Wenn in einem einzigen Falle die Rechtsverletzung im Sinne eines rechtswidrigen Zustandes genügte, um einen Schadenersatz zu begründen, so müßte sie immer genügend sein, und dann wäre das Verschulden irrelevant. Umgekehrt wird durch die Thatsache, daß dies nicht der Fall ist, bewiesen, daß der Schaden kein rechtswidriger Zustand ist. Wenn der Schaden ein rechtswidriger Zustand wäre, würde eine Ersatzpflicht unter denselben Voraussetzungen vorliegen, unter denen eine Reaktion gegen einen solchen Zustand eintritt, dies ist aber nicht der Fall.

Der Schaden ist selbstredend ein Moment des Thatbestandes, nicht aber ein solches, in welchem man den „Grund" des Schadenersatzes gewöhnlich sucht (siehe oben S. 356). Es mag indessen daran erinnert werden, daß neuerdings eine Tendenz hervorgetreten ist, den Schwerpunkt des Thatbestandes

in den Schaden selbst zu verlegen, obgleich natürlich immer irgend ein Zusammenhang jener Thatsache mit der Wirksamkeit einer bestimmten Person angenommen wird und angenommen werden muß, um die Person des Schadenstifters zu bestimmen. Jene Tendenz nun erscheint zunächst als eine Reaktion gegen die berühmte Formulirung Jhering's: „nicht der Schaden verpflichtet zum Schadenersatze, sondern die Schuld", hat aber ihren tieferen Grund in dem Versuche eine Veränderung in der systematischen Behandlung hierhergehöriger Fragen durchzuführen. Während die ältere Doktrin in Anknüpfung an die römisch-rechtliche Lehre vom Interesse den Thatbestand der Schadenstiftung nach den verschiedenen Gründen des Schadenersatzes (aus Verträgen, aus Delikten 2c.) zersplitterte, ist in neuerer Zeit zuerst die Einheitlichkeit des Thatbestandes im Momente des Verschuldens hervorgetreten, dann aber ist man neuerdings einen Schritt weiter gegangen. Man verspricht sich von einer gemeinsamen Behandlung des Schadenersatzes und der Schadenvertheilung wissenschaftliche Vortheile, und so wird der Schwerpunkt auf das für die beiden Thatbestände gemeinsame (den Schaden) gelegt. Immerhin aber wird, wenn in dieser Weise der Schaden in den Vordergrand tritt, die Verursachung des Schadens mit in den Thatbestand hineingezogen. Weil aber diese Verursachung dem ethischen Bewußtsein nicht als zureichender Grund des Schadenersatzes erscheint, so wird unwillkürlich das Interesse hauptsächlich daran haften, daß ein Schaden entstanden ist, der geheilt werden soll. Daß das Recht zu diesem Zwecke sich gegen eine bestimmte Person als Schadenstifter wendet, ist zwar eine praktische Nothwendigkeit, von jenem Standpunkte aus aber eine Thatsache von untergeordneter Bedeutung. Von hier aus mindert sich die Bedeutung des Verschuldens, und es erscheint eine Erklärung der Fälle möglich, in welchen ohne Verschulden eine Schadenersatzpflicht

besteht. Vom Gesichtspunkte der Dogmatik aus ist die Anschauung, welche den Schwerpunkt des Thatbestandes in dem Schaden selbst findet, mit der Ansicht identisch, laut welcher der Schaden ein rechtswidriger Zustand ist. Wenn das Vermögen den Gegenstand oder Inhalt eines subjektiven Rechtes bildete, würde dies Recht der Grund des Schadenersatzes sein, und zwar in dem Sinne, in welchem andere subjektive Rechte aus eigener Macht gegen die rechtswidrigen Zustände reagiren. Man könnte dann auch sagen, daß der Grund der Verantwortlichkeit in der Weise in dem Schaden läge, wie ein Vorenthalten beim Zwange zu Restitution oder Erfüllung als Grund dieser Rechtsfolgen bezeichnet werden kann. Umgekehrt wird, wenn (wie wir oben zu zeigen versucht haben) das Vermögen nicht der Gegenstand eines subjektiven Rechtes ist, die in dem Thatbestande der Schadenzufügung enthaltene Wirksamkeit (Kausalität) den Schwerpunkt innerhalb der Lehre von den Voraussetzungen des Schadensersatzes bilden, und dies ist ja in der That die noch durchaus bestehende Ansicht. Das Problem, die Natur jener Kausalität näher zu bestimmen, ist selbstredend mit der Frage nach der Kausalität zwischen Thatbeständen und Rechtsfolgen überhaupt nicht identisch. Es muß aber hervorgehoben werden, daß die in dem Thatbestande der Schadenstiftung enthaltene Kausalität in der Weise charakterisirt werden muß, daß sie — die Thatsache des Schadens vorausgesetzt — die Ursache eben jener Rechtsfolge sein kann. Die Kausalität zwischen Thatbeständen und Rechtsfolgen ist, wie oben nachgewiesen worden, von der Natur der relevanten Thatsachen sowie von der Art der rechtlichen Regulirung derselben abhängig. Wenn nun aber die Analyse eines Thatbestandes ein Moment der Kausalität entdeckt, das als Rechtsgrund im engeren Sinne erscheint, so muß diese „natürliche" Thatsache so aufgefaßt werden, daß ihr Inhalt schon an sich

dem Rechtsbewußtsein eine einigermaßen (siehe oben S. 349) befriedigende Erklärung hinsichtlich jener Stellung der Thatsachen innerhalb des Thatbestandes abgeben kann. Hierin liegt kein Dogmatismus, sondern nur eine Fragestellung, deren Richtigkeit aus dem oben Gesagten hervorgehen dürfte.

Es folgt nun schon aus jener Fragestellung, daß — insoweit nach der Ursache eines Schadens gefragt wird, für welchen Ersatz zu leisten ist — die beiden einander entgegengesetzten Richtungen in der Lehre von der rechtlichen Bedeutung der natürlichen Kausalität, wie sie in der Litteratur vertreten worden ist, zurückzuweisen sind. Es ist dies einerseits die Anschauung, welche der Kausalität eines Menschen, mag sie von seinem Willen ausgehen oder nicht, die Kraft zuschreibt, die Verantwortlichkeit für Schäden zu begründen, was aber dem Rechtsbewußtsein, bezw. den positiven Gesetzen zuwider ist; andererseits die Theorie, welche einst v. Bar aufstellte, die auf eine Identifikation der Kausalität, welche die Verantwortlichkeit begründet, mit der zwischen Thatbeständen und Rechtsfolgen bestehenden Kausalbeziehung hinausläuft. Jene Ansicht trennt, was nur zu unterscheiden ist, diese unterscheidet nicht, wo ein Unterschied in der That besteht. v. Bar's Theorie enthält jedoch einen richtigen Kern, der nicht zu übersehen ist (vgl. Sigwart, Logik, II S. 469). Es ist nämlich das Verschulden im Thatbestande der Schadenzufügung ein Kriterium oder ein symptomatisches Moment für das Dasein einer rechtlich relevanten Kausalität, d. h. einer solchen, die eine Verantwortlichkeit begründet. Das Verschulden einer Person beweist, daß der Schaden auf ihren Willen zurückzuführen ist, m. a. W. daß der Wille als die Ursache der Erscheinung mit Recht bezeichnet werden kann. Schuld und Ursache müssen unterschieden werden, das Indicium oder das Beweismittel kann ja mit dem Beweisthema nicht iden-

tisch sein; das Schuldmoment aber weist auf das Gebiet hin, wo wir die Ursache des Schadens, für welchen Ersatz zu leisten ist, zu suchen haben.

Die Frage nach der Art einer bestimmten Wirksamkeit (Kausalität) ist mit der Frage nach dem Prinzipe, d. h. dem Grunde und Zwecke dieser Wirksamkeit identisch. Zum Thatbestande der Schadenzufügung gehört nun eine Kausalität, deren spezifischer Charakter darin besteht, daß sie hinsichtlich ihrer causa efficiens oder ihrer causa finalis in dem Willen des Schadenstifters ihr Prinzip hat. Das Prinzip jener Kausalität liegt in dem Willen dieser Person, was aber kein Axiom, sondern eine in den ethischen Erscheinungen, bezw. in dem positiven Rechte selbst liegende Thatsache ist. Die Beziehung aber zum menschlichen Willen ist in zweifacher Weise möglich: man kann die Kausalreihe nebst ihrer Wirkung (dem Schaden) auf den Willen als causa efficiens oder aber auf den Willen als causa finalis zurückführen, denn Grund (causa efficiens) und Zweck (causa finalis) sind nur verschiedene Seiten eines identischen Wollens. Der nahe liegende Einwand, daß, wenn Grund und Zweck nur verschiedene Gesichtspunkte für unsere Auffassung darstellen, die Annahme einer causa finalis uns hier nicht helfen könne, weil sie über den Standpunkt des Verschuldens, das sich mit dem Willen als causa efficiens deckt, nicht hinausführe, erledigt sich durch eine genauere Beobachtung der hier in Betracht kommenden Thatsachen.

Eine Untersuchung des menschlichen Handelns von diesen beiden Gesichtspunkten aus zeigt nämlich, daß jene beiden Seiten der Wirksamkeit sich nicht decken, sondern vielmehr unter Umständen eine Kausalität, die von dem einen Gesichtspunkte aus als eine Wirksamkeit einer bestimmten Person erscheint, von dem anderen Gesichtspunkte aus als ganz außerhalb menschlichen

Wirkens liegend angesehen werden muß. Es ist eben dieselbe Erscheinung, die uns oben begegnet ist, kraft welcher Begriffe, deren ideale Bedeutung nur die der verschiedenen Seiten oder Gesichtspunkte sind, in der Wirklichkeit auseinanderfallen. Die Momente der Kausalität und der Finalität streben die Einheit der Wirksamkeit aufzuheben, um schließlich als Grund für eine Eintheilung der Wirksamkeit zu erscheinen in ganz derselben Weise, wie wir oben die pflichtwidrige Handlung und den rechtswidrigen Zustand als Prinzipien der verschiedenen Formen des Unrechts nachzuweisen versucht haben. Nur sub aeternitatis specie sind Grund und Zweck identisch, in der Wirklichkeit aber fallen sie aus einander. Weil Grund und Zweck sub aeternitatis specie identisch sind, wird es möglich, den Zweck als Erkenntnißmittel für das Dasein einer Kausalität anzuwenden, weil sie aber in der Wirklichkeit nicht identisch sind, wird durch den Zweck für die Kausalität ein neues Gebiet, das außerhalb des durch das Schuldmoment gedeckten Gebietes der causa efficiens liegt, gewonnen. Jede Handlung hat selbstverständlich ihren subjektiven Zweck und mit diesem Zweckbegriffe kämen wir allerdings über den Standpunkt des Verschuldens nicht hinaus, ja, nicht einmal so weit, als das Verschulden selbst reicht. Hier aber sprechen wir von Zweck in objektivem Sinne, d. h. von einem Inbegriff gewisser der Wirksamkeit des Einzelnen zu Grunde liegender, von unseren sozialen Anschauungen gebilligter Interessen. Daher scheiden aus die Zwecke, die durch Delikt oder sonstiges Handeln, das sich in Bezug auf den dabei angerichteten Schaden als ein Verschulden charakterisirt, verfolgt werden, auch wenn dem Handelnden zunächst ein Nutzen aus seinem Verhalten zufließt. Den verschiedenen Rechtsgeschäften dagegen liegen in der That objektive Zwecke zu Grunde, die denjenigen, die wir hier suchen, ähnlich sind. Und wie es kein Rechtsgeschäft in ab-

stracto giebt, das wirkliche Rechtswirkungen hat, so giebt auch hier der allgemeine Begriff des objektiven Zwecks nur ein Schema, das durch den Nachweis besonderer Zwecke ausgefüllt werden muß. Diese besonderen Zwecke geben hier wie dort die verschiedenen Typen an die Hand. Und eben weil es sich um Typen handelt, kann gesagt werden, daß den betreffenden Interessen objektive Zwecke innewohnen, bezw. daß der Verfolgung jener Zwecke ein soziales Bedürfniß zu Grunde liegt, dies jedoch in keinem anderen Sinne als auch die Rechtsgeschäfte soziale Zwecke verfolgen. Der Zweck wird gewöhnlich als etwas Unwirkliches, als etwas nur in der Vorstellung Existirendes, im Gegensatze zu der Ursache als einer in rerum natura daseienden „Sache" gedacht. Dieser Gegensatz ist aber nur ein Schein. Die Ursache ist als solche nicht früher wirklich, als sie wirkt, der Zweck ist als solcher nicht früher da, als er in irgend einem Grade erreicht worden ist. Ferner, in demselben Grade wie die Ursache als solche wirklich ist, in demselben Grade ist dies auch der Zweck, insofern die Wirksamkeit zweckmäßig ist. Keine Wirksamkeit ist aber in dem Grade zweckmäßig, daß nicht neben dem Zwecke auch anderes zum Vorschein kommt, was unserem abstrahirenden, bezw. subjektiv gefärbten Denken als etwas dem Zwecke Fremdartiges erscheint. In der That ist jedoch die Wirksamkeit eine Einheit, die die Nebenwirkungen mit umfaßt. Eine solche Nebenwirkung ist der Schaden, der durch eine im Interesse einer bestimmten Person stattfindende Wirksamkeit Anderen verursacht wird. Es könnte naheliegend scheinen, den Begriff des objektiven Zweckes an der Hand gegebener teleologischer Anschauungen (Aristoteles, Leibniz, Hegel, Trendelenburg u. s. f.) weiter zu verfolgen; aber dies sei hier abgelehnt, einmal weil die hierhergehörigen philosophischen Kontroversen nicht ausgetragen sind, sodann weil eine Stellung-

nahme zu denselben wegen des hier zu verfolgenden Zieles nicht nöthig erscheint. Daß der Zweckbegriff ein heuristisches Prinzip für die Aufsuchung kausaler Beziehungen ist, wird vielfach auch von Denjenigen anerkannt, die von einer objektiven Teleologie im Sinne der großen Systeme nichts wissen wollen. Vgl. z. B. Sigwart, Logik, II S. 217 ff. Man kann sehr wohl dabei stehen bleiben, daß das einer Wirksamkeit zu Grunde liegende Interesse ein Erkenntnißmittel, wodurch wir den Ursprung (die causa) der Wirksamkeit bestimmen können, darstellt, und daß die Anwendung dieses Erkenntnißmittels durch den Begriff des objektiven Zweckes vermittelt wird.

Es liegt der Wissenschaft ob, jener innerhalb der Schadenzufügung stattfindenden Duplizität nachzugehen, statt im Streben nach eigener Einheitlichkeit eine Einheit in die Erscheinungen hineinzuzwingen, die dort nicht existirt. Dieses Fehlers macht sich die Theorie in allen den Fällen schuldig, wo als der Grund des Schadenersatzes ein Verschulden präsumirt oder fingirt wird, obschon natürlicher Anschauung nach in dem Verfahren oder Verhalten des Schadenstifters keine Spur davon zu entdecken ist. Unserer Ansicht nach sind zwei Prinzipien da, von welchen jedes seine besondere Gruppe beherrscht.

Für die vom Willen als causa efficiens bestimmte Gruppe ist das Schuldmoment von symptomatischer Bedeutung, für die andere der objektive Zweck, dessen Beförderung die Wirksamkeit dient. Die Doktrin hat die erste Gruppe als den Normalfall, die zweite als eine Ausnahme aufgestellt, deren Prinzip vergebens gesucht worden ist. Noch viel weniger ist die Entdeckung des den beiden Gruppen zu Grunde liegenden Prinzips gelungen. Die Entdeckung dieses Prinzipes aber ist nicht bloß durch den Mangel an einem einheitlichen die zweite Gruppe beherrschenden Gesichtspunkte gehindert worden, sondern

auch durch die unrichtige Bedeutung, welche man dem Schuldmomente innerhalb der ersten Gruppe zuschreibt.

Wir sagten, das Schuldmoment sei innerhalb des Thatbestandes der Schadenzufügung von nur symptomatischer Bedeutung. In der That folgt dieser Satz aus der oben dargelegten Forderung eines wirklichen Zusammenhanges zwischen den Thatbeständen und den Rechtsfolgen. Die Kongruenz gewinnt in der Maßbestimmung ihren einfachsten Ausdruck. Nach dem Grade des Verschuldens wird das Maß der Strafen bestimmt[43]). Der Umfang des Schadenersatzes aber wird prinzipiell durch die Größe des durch die Wirksamkeit einer Person verursachten Schadens gegeben, genug des Beweises, daß, welche Bedeutung auch immer das Verschulden für diese Rechtsfolge haben mag, es nicht als ein charakteristisches Moment in dem Thatbestande angesehen werden kann. Binding[44]) hat bekanntlich die Voraussetzung eines Verschuldens ganz fallen lassen und an deren Statt die natürliche Kausalität gesetzt, was aber, von den oben dargelegten Bedenken abgesehen, der thatsächlichen Bedeutung des Verschuldens nicht genügend Rechnung trägt. Hinwiederum hat Jhering den entgegengesetzten Weg eingeschlagen, indem er eine Forderung auf Gleichgewicht zwischen dem Grade des Verschuldens und dem Umfang des Schadenersatzes aufstellte, was aber gleichfalls, im großen Ganzen und von den bekannten geringfügigen Aus-

---

43) Womit nicht gesagt ist, daß das Verschulden an sich in dem Begriffe eines Willensfehlers aufgehen sollte. Vielmehr kommen hier auch andere Momente in Betracht, deren Einfluß auf die Rechtsfolge nicht zu übersehen ist. Eine zweckmäßige Terminologie darf aber alles, was auf die Höhe der Strafe einwirkt, unter dem Namen des Verschuldens zusammenfassen, wobei dahingestellt bleiben mag, ob einige bekannte Fälle des positiven Strafrechts dennoch als Ausnahmen zu bezeichnen sind.

44) Binding, Die Normen, I S. 472, vgl. auch Pfizer in Jahrb. f. d. Dogm. XXIX S. 168.

nahmen abgesehen, allen positiven Rechten widerstreitet. Durch ein solches Gleichgewicht, wenn es zu Gunsten des Schadenstifters anzuwenden wäre, würde die Ersatzpflicht in dem Sinne, in welchem sie jetzt verstanden wird, d. h. als Ersatz des verursachten Schadens negirt und an deren Statt eine Privatstrafe wegen solcher Schadenzufügung eingeführt werden, welche von dem Schadenstifter verschuldet worden ist. Die Frage nach der Zukunft der Privatstrafen mag auf sich beruhen: die Entwickelung des Schadenersatzrechts geht aber entschieden nicht in dieser Richtung. Der Schadenersatz hat im heutigen Rechte seinen Grund nicht in einem Delikte, dem selbstredend das Schuldmoment charakteristisch ist, sondern in der Kausalität des Willens, deren Existenz durch das Dasein eines Verschuldens bewiesen wird [45]).

45) Ein zweiter Beweis für die bloß symptomatische Bedeutung des Schuldmoments liegt in der Thatsache, daß dies Moment als Merkmal der Schadenzufügung nicht in besondere Arten zerlegt wird, m. a. W. nicht als ein System der individualisirten verbotenen Handlungen oder Delikte erscheint. In der That ist dieser Beweis jedoch nur eine andere Seite dessen, was oben ausgeführt worden ist; denn wenn den verschiedenen Graden des Verschuldens eine rechtliche Relevanz zukäme, würde dies um der Praktikabilität willen in keiner anderen Weise möglich sein als durch Aufstellung verschiedener Arten des Verschuldens in dem Sinne, in welchem die Delikte als solche Arten bezeichnet werden können, mag nun die Individualisirung durch das Gesetz oder aber durch das Ermessen des Richters hergestellt werden. Innerhalb des römischen Rechts ist zwar diese Entwickelung, bezw. die Differenzirung zwischen dem Thatbestande des Delikts und dem der Schadenstiftung nicht zu ihrem Abschluß gekommen; immerhin aber weist die allmählich fortschreitende Erweiterung einzelner Klagen, wie der actio doli oder legis Aquiliae nebst der Abschwächung des pönalen Charakters der Rechtsfolgen auf das Ziel hin, welches jetzt wohl im Wesentlichen als erreicht bezeichnet werden kann. Der Dolusbegriff der Pandektenlehrbücher leidet unter dem inneren Widerspruche zwischen der begrifflichen Forderung, daß das Delikt einen individualisirten Thatbestand darstellen muß, und dem ebenso nothwendigen Postulate des Rechtsbewußtseins, daß Schadenersatz auch dann möglich sein soll, wenn ein Schaden vorsätzlich verursacht worden ist, jene Individualisirung aber nicht vorliegt.

Ebensowenig wie ein rechtswidriger Zustand ein charakteristisches Moment im Thatbestande der Schadenzufügung ist, ebensowenig ist ein solches Moment ,die pflichtwidrige Handlung, d. h. eine Wirksamkeit, die durch eine individualisirte Norm verboten ist. Keine der beiden ausgeprägten Formen des Unrechts ist für den Schadenersatz eine charakteristische Voraussetzung. Wie aber zwischen einem rechtswidrigen Zustande und einer Schadenstiftung der Zusammenhang besteht, daß jener die Existenz eines Schadens, der vergütet werden soll, indizirt, so ist auch die Pflichtwidrigkeit der Handlung für die Ersatzpflicht ein symptomatisches Moment und zwar als solches von größerer Bedeutung als der rechtswidrige Zustand. Das Delikt indizirt die Entstehung einer Ersatzpflicht, weil es die Verursachung des Schadens durch den Willen des Schadenstifters beweist. Das eigentliche symptomatische Moment ist aber, auch wo ein Delikt vorliegt, nicht das Delikt an sich, sondern das Verschulden d. h. die Uebertretung der allgemeinen Verbindlichkeit zur Sorgfalt. Dies ist eine „Verpflichtung", deren Maß in verschiedenen Kulturstadien wechselt, mit der Entwickelung im Ganzen aber eine Tendenz zur Steigerung ausweist. Weil aber umgekehrt eine schärfere Abgrenzung der einzelnen Delikte im Zuge der Rechtsentwickelung überhaupt liegt, erweitert sich allmählich die Kluft zwischen den eigentlichen Delikten, d. h. den durch individualisirte Normen verbotenen Handlungen und der Schadenstiftung, für welche das „Verschulden" eine symptomatische Voraussetzung ist.

Das symptomatische Moment des Verschuldens erstreckt sich bekanntlich nicht über das ganze Gebiet des Thatbestandes der Schadenszufügung. Aus jener nur symptomatischen Bedeutung des Verschuldens folgt aber die Möglichkeit, in den Fällen, wo dieses Moment fehlt, eine Ersatzpflicht aufzustellen, ohne die innere Einheit des Thatbestandes zu zerstören. Wie schon

oben angedeutet, kann der charakteristische Thatbestand von einem größeren Umfange sein, als ein einzelnes Symptom an die Hand zu geben scheint, und eben dies trifft hier zu. Wir haben neben dem Verschulden als das zweite symptomatische Moment die Finalität der Wirksamkeit angegeben[46]). Die Einheit des Thatbestandes ist dadurch im Wesentlichen bewahrt, indem die beiden Symptome dem Beweis eines und desselben Beweisthemas dienen. Sie decken sich aber nicht vollständig, sondern es giebt Fälle, in welchen, obschon kein Verschulden vorliegt, das Moment der Finalität die Wirksamkeit und mit dieser die Verantwortlichkeit für den durch dieselbe verursachten Schaden an eine bestimmte Person knüpft. Es giebt andere Fälle, wo die beiden symptomatischen Momente konkurriren, d. h. auf verschiedene Personen hinweisen. Die Verantwortlichkeit wird hier durch den verschiedenen Grad bestimmt, in welchem sie ihre symptomatische Funktion auszuüben im Stande sind. In der Regel wird das Schuldmoment das stärkere sein, das die Verantwortlichkeit nach dem Gesichtspunkte der Finalität

46) Der Gesichtspunkt der Kausalität ist für die Erklärung der hier in Rede stehenden Erscheinungen von Merkel (Encyklopädie §§ 665, 680, 683 vgl. §§ 278 und 243) herangezogen und zwar in dem Sinne, wie die Kausalität nach ihm der Grund jeder Verantwortlichkeit ist. Es ist die Kausalität des menschlichen Willens, auf welcher jede Haftung beruht. Aber keine Eigenschaft dieser Kausalität ist angegeben, durch welche die Schadenersatzpflicht ohne Verschulden verständlich wird. Es muß nachgewiesen werden, wie neben dem Rechtsgeschäft, dem Delikte und dem symptomatischen Schuldmomente ein viertes steht, das der besondere Grund jener Haftung ist. Für die Erklärung der einzelnen Fälle wendet Merkel auch andere (sekundäre) Gesichtspunkte an (§ 665 sub 2: die Billigkeit, §§ 673, 675 die Gefährlichkeit der Handlung oder des Unternehmens, § 680 den Gesichtspunkt der Prävention, § 681 die Analogie der Expropriation 2c.) Wenn diese besonderen Gründe in den Vordergrund treten, erscheint das Moment der Kausalität (Encyklopädie S. 292) zu abstrakt, um als das die einzelnen Fälle beherrschende Prinzip bezeichnet werden zu können.

ausschließt; es ist aber auch möglich, daß eine Kumulation der Verantwortlichkeit eintritt und zwar in der Weise, daß sowohl der, welcher den Schaden verschuldet hat, als der, in dessen Interesse die Wirksamkeit überhaupt ausgeübt worden ist, zum Schadenersatze verpflichtet wird, und zwar dieser mit einem Regreßrecht auf jenen. Schließlich ist auch der Fall denkbar, daß der Konflikt der beiden Prinzipien eine Verantwortlichkeit für verschuldeten Schaden ausschließt. Es trifft dies in dem bekannten Beispiele Ihering's zu, wo das Interesse (das Finalitätsmoment) in dem Grade auf der Seite des Absenders des Briefes liegt, daß der Bote nicht für den ungeheuren Schaden aufzukommen hat, der durch seine Nachlässigkeit verursacht worden ist: das Ganze erscheint als eine Wirksamkeit des Absenders, deren Risiko er zu tragen hat. Das Mißverhältniß zwischen dem Risiko und der sachlichen Bedeutung der Wirksamkeit des Boten läßt den Schaden vom Standpunkte des Letztgenannten aus als durch „Zufall" verursacht erscheinen. Dieser Standpunkt muß aber unter Umständen auch der des Rechts sein. Der Schwerpunkt des ganzen Verlaufes wird durch das überwiegende Interesse des Absenders bestimmt. Ein anderes Beispiel bietet das Verhältniß zwischen den Arbeitern und den großen Unternehmungen bei Arbeitseinstellungen. Setzen wir, um die Frage zuzuspitzen, den Fall, daß die Arbeitseinstellung durch einen Vertragsbruch seitens der Arbeiter zu Stande gekommen ist. Wenn hier ein großer Schaden verursacht worden und gar die Einstellung der Arbeit in der Absicht geschehen ist, durch die Eventualität jener Einbuße den Arbeitgeber zum Nachgeben zu zwingen, so erscheint uns die Verurtheilung der Arbeiter zum Schadenersatze doch als unbillig. Dies kann aber nicht aus einem Mangel an Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten der Arbeiter und der Entstehung des Schadens erklärt werden, sondern nur

daraus, daß in der That eine andere Kausalreihe (gemäß der Finalität) vorliegt, welche die Ursache des Schadens in die Person des Unternehmers verlegt. Das ganze Unternehmen besteht und wirkt als solches vorzugsweise im Interesse des Unternehmers, welcher demgemäß auch das Risiko zu tragen hat. Die innere Solidarität zwischen Unternehmern und Arbeitern kann gegenüber der Thatsache nicht ins Gewicht fallen, daß heutzutage das ganze Unternehmen wesentlich das Erlangen eines möglichst hohen Unternehmergewinnes bezweckt.

Wir gehen davon aus, daß die Wirksamkeit einer bestimmten Person, die durch ihre objektiven Zwecke oder Interessen beherrscht wird, eine abgeschlossene Kausalreihe bildet, für deren Wirkungen, sofern sie anderen einen Schaden verursachen, diese Person ganz unabhängig von jedem Verschulden mit Recht verantwortlich gemacht wird. Es genügt, daß die Finalität die Wirksamkeit an eine bestimmte Person geknüpft hat. Ist aber die Wirksamkeit eine Rechtsausübung d. h. Ausübung eines subjektiven (Privat-)Rechts, so fällt selbstverständlich jede Schadenersatzpflicht weg. Wenn ein Interesse vom Standpunkte der Rechtsordnung aus die Bedeutung hat, daß es zu einem subjektiven (Privat-)Rechte ausgebildet worden ist, so müssen die gegenüberstehenden Interessen, die durch dessen Ausübung geschädigt werden, zurückstehen. Es mag aber betont werden, daß dies zu einer praktikablen Regel nur dadurch wird, daß die subjektiven Rechte in dem oben bestimmten Sinne verstanden werden, während unser Satz offenbar unrichtig wird, wenn unter ein Recht alles, auch die sog. Freiheitsrechte und **res merae facultatis** subsumirt werden, was den herrschenden Definitionen gemäß darunter fallen sollte. Nur wenn der Begriff des subjektiven Rechts in der Weise beschränkt wird, wie wir oben gefordert haben, läßt sich die Parömie der l. 55 und 151 D. de reg. jur. 50, 17 aufrecht erhalten:

Es macht sich hier wieder die Forderung geltend, den Inhalt der einzelnen subjektiven Rechte genau festzustellen[47]).

Aus dem Gesichtspunkte nun, welchen die Finalität einer Wirksamkeit an die Hand giebt, ist eine Erklärung der Fälle möglich, in welchen ohne Verschulden ein Schadenersatz von dem positiven Rechte aufgestellt, bezw. von dem heutigen Rechtsbewußtsein gefordert wird. In den meisten Fällen ist die Anwendung unseres Prinzipes leicht: der Gesichtspunkt des Interesses ist hier schon von Anderen, z. B. von Merkel, hervorgehoben; man braucht nur diesen Gesichtspunkt auf den der Finalität zurückzuführen, um eine nach unserer Ansicht befriedigende Lösung zu gewinnen. Es ist nur hinsichtlich einiger weniger Fälle eine Schwierigkeit vorhanden. In besonderem Grade gilt dies in Bezug auf die Schadenersatzpflicht unzurechnungsfähiger Personen, die zwar keine größere praktische Bedeutung, wohl aber ein gewisses theoretisches Interesse hat, weil ja die Unzulänglichkeit der Ansicht, welche jeden Schadenersatz auf das Verschulden des Schadenstifters stellen will, in diesem Falle auf der Hand liegt.

Es muß daher als eine nicht zu umgehende Aufgabe der Wissenschaft bezeichnet werden, eine Erklärung der Thatsache zu geben, daß eine und dieselbe Handlung oder Wirksamkeit, je nachdem sie auf einen Zurechnungsunfähigen oder auf einen normalen Menschen zurückgeführt wird, in jenem Falle einen Schadenersatz begründet, in diesem nicht. Der Beweis, daß hier keine Inkonsequenz des Rechts vorliegt, ist u. E. auch Pfaff[48]) nicht gelungen. Nur wenn die Frage dahin ver-

47) Wir können übrigens an diesem Orte nicht die Bemerkung unterdrücken, daß uns die ältere Doktrin hier auf dem richtigen Wege gewesen zu sein scheint, wenn sie sich eine genaue Rechenschaft über diesen Inhalt durch dessen Zerlegung in einzelne Befugnisse zu geben versuchte.

48) Zeitschrift für das Privat- und öffentl. Recht, VIII S. 723.

schoben wird, daß man auf die Gelegenheiten, einen Schaden anzustiften, bezw. die durchschnittliche Größe der verursachten Schäden u. s. w. Rücksicht nimmt, kann es gesagt werden, daß Jemand, dessen Handlungen nach österr. bürgerl. Gesetzb. § 1310 beurtheilt werden, einer geringeren Verantwortlichkeit unterliegt als der normale Mensch. Hält man aber an dem Kern der Frage fest, so muß zugegeben werden, daß die Verwortlichkeit ohne Verschulden hier wie in anderen Fällen eine gesteigerte Verantwortlichkeit bedeutet.

Von dem Gesichtspunkte der Finalität einer Wirksamkeit aus ist die betreffende Erklärung möglich. Die Thatsache, daß der Zurechnungsunfähige eine Kausalität zunächst physischer Natur in Bewegung gesetzt hat, ist der zureichende Grund seiner Ersatzpflicht, wenn und insofern dies in seinem Interesse geschehen ist. Innerhalb gewisser Schranken ist nun die physische Bewegungsfreiheit für den Wahnsinnigen von einem ungleich höheren Werthe, als eben diese Freiheit für einen normalen Menschen, sie hat einen höheren Werth für jenen, weil man ihn in Fesseln schlagen würde, wenn das Interesse Anderer dies verlangt. Schreitet man nun wegen Rücksichten der Humanität nicht gegen ihn zum äußersten Machtmittel, so ist die Freiheit für ihn ein besonderer Vortheil, der ihm in besonderem Sinne in seinem Interesse gelassen ist. Die schädlichen Folgen dieser Freiheit sind darum von ihm zu tragen. Daß der normale Mensch aber hier keiner Verantwortlichkeit unterliegt, erklärt sich dadurch, daß er, weil er jene Freiheit immer ohne Schranken genießen muß, an derselben kein besonderes Interesse hat. Von einem mehr äußerlichen Gesichtspunkte aus mag darauf hingewiesen werden, daß, wenn ein Unzurechnungsfähiger durch seine Körperbewegungen einen Schaden anrichtet, dies als eine natürliche Folge seiner Freiheit angesehen werden muß, während ein

Schaden, der ohne Verschulden durch derartige Bewegungen eines Zurechnungsfähigen geschehen ist, natürlicher Anschauung nach als ganz außerhalb seines eignen Wirkens und Handelns liegend erscheint. Diese Verschiedenheit hat aber in dem eben dargelegten Unterschiede ihren tieferen Grund.

Selbstredend ist die Verantwortlichkeit Unzurechnungsfähiger dann ausgeschlossen, wenn ein Verschulden seitens der Aufseher vorliegt (siehe oben S. 414). Es mag aber auch bemerkt werden, daß unsere Deduktion ein geordnetes Irrenwesen voraussetzt, durch welches die Freiheit jener Personen überhaupt in angemessenen Schranken gehalten wird. Für die Schäden aber, welche durch die Freiheit, die ihnen innerhalb dieser Schranken in ihrem eigenen Interesse gelassen wird, verursacht werden, sind sie verantwortlich, eben weil vom Gesichtspunkte der Finalität die mechanischen Akte auf die Individualität jener Personen zurückgeführt werden können und müssen.

Beim Minderjährigen kommt zu jenem Interesse der Bewegungsfreiheit das Interesse einer verhältnißmäßig größeren Handlungsfreiheit hinzu, die für ihn ein kräftiges Erziehungsmittel ist. Die Verantwortlichkeit wird hier auch in einem entsprechenden Grade thatsächlich erhöht. Die Deduktion ist aber ganz von derselben Art wie oben: die Freiheit der Minderjährigen müßte, wenn keine Verantwortlichkeit bestände, in engeren Schranken gehalten werden, als es mit ihrem wahren Vortheil sich vereinigen ließe. Die Freiheit, die ihnen gelassen wird, kommt ihnen also in eigenem Interesse zu. Der Gesichtspunkt der Finalität knüpft daher die Schäden, welche durch die Freiheit verursacht sind, an die Individualität jener Personen an. Auch diese Verantwortlichkeit ist aber nach der Natur der Sache nur subsidiär und hat, wie die der Wahnsinnigen, zur ethischen Voraussetzung, daß jene Freiheit durch die In-

stitute der väterlichen Gewalt und der Vormundschaft in angemessenen Schranken gehalten wird.

Schwieriger noch liegt die Frage der Verantwortlichkeit für einen Schaden, der von einem normalen Menschen während eines vorübergehenden Zustandes der Sinnesverwirrung verursacht worden ist. Hier kann in der Regel kein solches besonderes Interesse, wie in den beiden oben genannten Fällen, nachgewiesen werden, und die Folge ist, daß das Rechtsbewußtsein sich zweifelnd verhält. Eigentlich sollte das Interesse an der Wirksamkeit, gelegentlich welcher der Schaden angerichtet wurde, im einzelnen Falle nachgewiesen werden. Giebt aber das Gesetz in der Absicht, eine einheitliche Regulirung zu Stande zu bringen, eine durchschnittliche Regel, so ist dieselbe selbstredend auch dann anzuwenden, wo die ratio legis nicht vorliegt, nicht aber darf diese Erweiterung die Annahme veranlassen, daß es beim Schadenersatz ohne Verschulden nur auf die physische Verursachung ankomme. Es liegt vielmehr eine der wenigen „positiven" Vorschriften des positiven Rechts vor. Sie ist auf die Rechnung der Rechtspraktikabilität zu schreiben.

In den meisten übrigen Fällen liegt die Anwendung unseres Prinzipes auf der Hand, so z. B. in den Fällen, wo Jemand wegen einer Willenserklärung, der kein wirkliches Wollen entspricht, zum Schadenersatze, zum Ersatz des positiven oder negativen Interesses, verpflichtet wird. Unserer Ansicht nach erklärt sich hier die Verantwortlichkeit, wenn das Schuldmoment darum nicht ausreicht, weil der Widerstreit zwischen dem Willen und der Erklärung dem Urheber dieser nicht zur Last fällt, aus dem allgemeinen Prinzipe, kraft dessen das Interesse, welches die Erklärung überhaupt veranlaßt hat, auf die Person hinweist, welche für den dadurch verursachten Schaden aufzukommen hat. Wenn aber in Fällen, wo kein

Verschulden z. B. seitens des Offerenten vorliegt, auch kein besonderes Interesse bestimmter Art und Intensität nachgewiesen werden kann, das die Verantwortlichkeit motivirt, so sollte auch nicht zum Schadenersatze verurtheilt werden[49]). Die bloße Thatsache, daß Jemand durch die „Willenserklärung" eines Anderen einen Schaden erlitten hat, kann niemals den zureichenden Grund einer Verantwortlichkeit der Person an die Hand geben, auf welche der Schaden in einer rein äußerlichen Weise zurückgeführt werden kann. Die Forderung des reellen Verkehrs, daß man sich auf die Willenserklärung Anderer verlassen können müsse, ist keine unbedingte, sondern wird durch die ihr entgegengesetzte Forderung modifizirt, kraft welcher man sich bis auf ein Gewisses darauf verlassen können muß, daß nicht jeder Thatsache, die ihrer äußeren Erscheinung nach einer Willenserklärung ähnlich ist, die rechtliche Wirkung einer wahren Willenserklärung zuerkannt werden soll. Die Vermittelung zwischen diesen beiden Forderungen des reellen Verkehrs ist die Aufgabe der Gesetzgebung und des richterlichen Ermessens, und zwar sind hierbei die vorgenannten Gesichtspunkte — die des Schuldmomentes und der Finalität — von entscheidender Bedeutung. Keiner von beiden genügt; der Nachweis aber, wo der eine oder der andere angelegt werden soll, kann hier nicht einmal versucht werden. Im Ganzen aber bleibt der Gesichtspunkt der Finalität hier der sekundäre: die Haftung, insofern es sich wirklich um eine Schadenersatzpflicht handelt, wird in der Regel durch das Schuldmoment bestimmt. Aber die Regel ist nicht ohne Ausnahmen. Selbstverständlich ist es, daß auch dann, wenn das Finalitätsmoment die Verantwortlichkeit an sich an die Person des Offerenten zu knüpfen im Stande wäre, seine Haftung

49) Auszusondern sind also von vornherein die Fälle, wo die Haftung auf Erfüllung geht.

durch ein Verschulden des Vertragsgegners ausgeschlossen wird. Es stimmt dies mit dem oben gesagten überein.

Auch durch sonstige Handlungen — die nicht Rechtsgeschäfte sind — kann ein Schaden in der Weise verursacht werden, daß ein Anspruch auf Schadenersatz auch gegen denjenigen entsteht, dem kein Verschulden zur Last fällt, z. B. wenn Jemand sich im entschuldbaren Irrthum hinsichtlich seiner Befugniß zur Vornahme der einen Schaden verursachenden Handlung befindet. Nicht jeder derartige Irrthum darf aber eine Verantwortlichkeit nach sich ziehen, sondern es ist vorauszusetzen, daß der Handelnde irgend ein besonderes Interesse an der Vornahme dessen gehabt hat, was zum Schaden ausgeschlagen ist. Dies ist zwar in der Regel der Fall, sind aber die Umstände der Art, daß die Handlung ganz sicher ausgeblieben wäre, wenn der Handelnde auch nur die leiseste Ahnung von der wahren Sachlage gehabt hätte, so kann das Dasein des Interesses durch die totale Abwesenheit jedes Verschuldens aufgewogen werden. In diesem Falle tritt keine Verantwortlichkeit ein [50]). Das Interesse kann unter Umständen die Abwesenheit eines Verschuldens äquivaliren und dadurch eine Verantwortlichkeit begründen, wo kein Verschulden vorliegt, aber umgekehrt ist es auch denkbar, daß diese Abwesen-

---

50) Wenn Jemand eine fremde Sache in dem Glauben, daß sie die seinige ist, zerstört, so sind wir mit Unger (Handeln auf eigene Gefahr S. 51) der Ansicht, daß eine Verpflichtung zum Schadenersatz regelmäßig anerkannt werden sollte, auch wenn der Irrthum ein unverschuldeter war. Wenn aber Jemand als Rheder ein seeuntüchtiges Schiff auslaufen läßt, nachdem er dasselbe auf seine Seetüchtigkeit hin durch Sachverständige hat untersuchen lassen, und diese, sei es aus Versehen oder gar doloser Weise, ein günstiges Urtheil abgegeben haben, so widerstreitet es unserem Rechtsbewußtsein, wenn dem Rheder eine Ersatzpflicht wegen des durch den Untergang des Schiffes verursachten Schadens auferlegt werden sollte. Auch wenn es festgestellt wird, daß das Schiff in Folge seiner Seeuntüch-

heit, wenn sie besonders begründet ist, d. h. wenn eine auf gute objektive Gründe gestützte bona fides vorliegt, das Interesse äquivalirt. Das Interesse an der Vornahme der schädigenden Handlung muß eine gewisse Intensität im Verhältnisse zum Risiko des Handelnden erreicht haben, wenn nicht der Schaden, der ohne Verschulden verursacht worden ist, dem Handelnden selbst und auch der Rechtsordnung als kasuell erscheinen soll.

Hierher gehörig ist ferner die Schadenersatzpflicht, welche mit der Ausübung gewisser Arten von Erwerbsthätigkeiten verknüpft ist. Der Schaden, welchen die Verwerthung einer Naturkraft zum besonderen Zwecke eines Menschen einem Anderen verursacht, hat vom rechtlichen Standpunkte aus seine wahre Ursache in der Wirksamkeit, die jene Kraft als Mittel anwendet. Hier kann man zwar nicht sagen, daß immer Handlungen im eigentlichen Sinne vorliegen, weil die Rechtswissenschaft überall dies Wort nur auf menschliche Willensäußerungen bezieht, die in äußerer Hinsicht etwas schärfer abgeschlossen sind. Es muß aber hervorgehoben werden, daß eine solche Terminologie keine innere Nothwendigkeit ausdrückt, denn jede Handlung muß durch ihren Zweck abgegrenzt werden, um als eine Handlung zu erscheinen. Einer Erweiterung des Handlungsbegriffes in der oben bezeichneten Richtung stände daher an sich nichts im Wege. Bei dem weiteren Begriffe der „Wirksamkeit" aber kann von einer eigentlichen Terminologie nicht die Rede sein. Wenn die Gegenstände der Natur in den Dienst des Menschen genommen werden, so

---

tigkeit zu Grunde gegangen war, so bleibt es u. E. dabei, daß der Rheder von aller Haftung frei sein muß. Die bona fides des Rheders ist so stark, bezw. auf so gute (objektive) Gründe gestützt, daß sie sein Interesse an dem Auslaufen des Schiffes, d. h. das Finalitätsmoment, das sonst eine Verantwortlichkeit begründet hätte, aufwiegt, und ihn von jeder Haftung befreit.

wirken die jenen innewohnenden natürlichen Kräfte seinen Interessen gemäß, und der Schaden, welcher Anderen verursacht wird, hat seinen Grund in der Erwerbsthätigkeit der Person, für welche jene Gegenstände der Natur nur Mittel waren. So kann die Verwerthung der Kräfte, die dem Grundeigenthum seiner Natur nach innewohnen, eine von jedem Verschulden unabhängige Schadenersatzpflicht hervorrufen. Denken wir beispielsweise an den Fall, für welchen im römischen Rechte die cautio damni infecti gestellt wurde. Es fragt sich, wo liegt der wahre Grund jener Ersatzpflicht? Selbstredend ist die cautio nur formaler Grund, dessen Charakter durch die Eigenthümlichkeiten der römischen Rechtsbildung (stipulationes praetoriae, d. h. Quasijudizial- und Privatdisposition statt Legaldisposition) seine Erklärung findet. Als das wesentliche Moment des wahren Grundes erscheint wohl in den Quellen das vitium aedium loci operis (l. 24 § 12 D. de damno inf. 39, 2). Aber die Bedeutung dieses Merkmals ist zweifelhaft: sie schwebt zwischen der Anschauung, die in dem Fehler ein Verschulden des Gebäudes erblickt, denn es darf kein naturale vitium sein, l. 24 § 2 D. h. t., und der Auffassung, daß das vitium eine iniuria des Eigenthümers enthalte, l. 24 § 3 D. h. t., und endlich, daß ein vitium stets vorliege, außer wenn eine vis divina den Schaden verursacht hatte, l. 24 § 4 D. h. t. Es leuchtet ein, daß eine dogmatische Konstruktion des Instituts unmöglich ist, die auf derartige unklare Vorstellungen gebaut wäre. Dogmatisch kann das vitium nichts anderes bedeuten als ein von dem älteren Standpunkte, der zwischen Verschuldung und Verursachung nicht unterschied, noch fortlebendes Moment symptomatischer Natur, d. h. ein Moment, durch welches die Grenze der Haftung des Eigenthümers positiv bestimmt wird. Der einzig wirkliche Grund jener Haftpflicht liegt darin, daß die Thatsache des

Eigenthums an einem Gebäude ꝛc. sich hier vom Standpunkte des Rechts als ein wichtiges Moment der durch ökonomische Zwecke bestimmten Wirksamkeit des Eigenthümers darstellt. Wegen des Schadens, der durch solche Wirksamkeit Anderen verursacht wird, haftet er, weil sie in seinem Interesse geschieht, m. a. W. weil das Moment der Finalität das Geschehene mit dem Schaden an seine Person knüpft. Es liegt auf der Hand, daß aus dieser Erklärung keine allgemeine Regel gefolgert werden kann, kraft welcher Jedermann für Schaden, der durch sein Eigenthum entstanden ist, aufzukommen habe oder desgl., sondern umgekehrt muß gesagt werden: es liegen im wirklichen Rechte einige Fälle vor, in welchen der Eigenthümer wegen des durch sein Eigenthum entstandenen Schadens haftet, und der Grund dieser Haftung liegt in seiner ökonomischen Thätigkeit, die als die seinige durch das Eigenthum als symptomatisches Moment bewiesen wird. Die Erklärung muß selbstredend durch einen Hinweis auf geschichtliche Thatsachen ergänzt werden, die das Institut so und nicht anders, bezw. in eben seinem gegebenen Umfang gestaltet haben. Nur mag von allgemeineren Gesichtspunkten aus darauf aufmerksam gemacht werden, daß nicht leicht die einer Person gehörigen beweglichen Sachen einem Anderen einen Schaden verursachen können, ohne besonders angewendet zu werden, daß damit der Schwerpunkt im Thatbestande auf die Handlungsweise der Betreffenden fällt, und somit das Zweckmoment in den Hintergrund tritt, während umgekehrt das Grundeigenthum einerseits an sich unter Umständen eine Gefahr für die Nachbarschaft in sich schließt, andererseits auch schon durch seine bloße Existenz auf ein Centrum für die Erwerbsthätigkeit des Eigenthümers hinweist.

Auf ein solches Centrum weist auch auf früheren Kulturstufen das Eigenthum an Thieren hin. Auf die vielfach kom-

plizirten Bestimmungen ist hier nicht näher einzugehen. Dem vitium operis ꝛc. entspricht hier in gleich schwebender Bedeutung das contra naturam sui generis facere. Die ältere Auffassung ist natürlich die Annahme einer culpa des Thieres; der vom Gesichtspunkte des Verschuldens einzig mögliche Ausweg — eine Haftung nur dann zu statuiren, wo ein Verschulden des Halters der Thiere vorliegt — ist nicht durchgedrungen, und so schwebt die Haftung ihrem wirklichen Umfang nach theilweise in der Luft. Aus unserem Prinzipe erklärt sich die Haftung wegen eines Schadens, den Thiere verursacht haben, die zu einem ökonomischen Zwecke im Dienste des Menschen stehen. Die Haftung für Schäden anderer Thiere (eingefangene wilde, gezähmte und Luxusthiere) ist von einem geringeren Interesse: es dürfte hier der Gesichtspunkt des Verschuldens leichter ausreichen.

Nicht nur Natur- sondern auch Menschenkräfte werden in weitem Umfange zu ökonomischen Zwecken verwendet und zwar solchen, die zunächst nicht die ihrigen sondern die Zwecke Anderer sind. Wer sich in der Weise der Kräfte fremder Personen bedient, kann wegen eines Schadens, den sie verursacht haben, haftbar gemacht werden, obwohl ihm kein Verschulden zur Last fällt. Der wahre Grund dieser Haftung ist die Finalität der Wirksamkeit, in welcher die Thätigkeit jener Personen ein isolirtes Moment bildet. Aber die Verhältnisse sind hier sehr komplizirt. Weil der unmittelbare Urheber des Schadens eine zurechnungsfähige Person ist, so ist es möglich, ihm den Schadenersatz aufzuerlegen; es ist ferner möglich, das Verschulden jener Person als die Grenze der Haftung des hinter ihm Stehenden anzuwenden, besonders in der Weise, daß der, in dessen Dienste der Schaden verursacht worden war, zwar wegen desselben in erster Linie aufzukommen hat, jedoch mit Regreßrecht auf denjenigen, durch dessen Verschulden der Schaden

entstanden ist. Es ist schließlich denkbar, daß die Finalität der Wirksamkeit in der Art überwiegt, daß die Haftung aus Verschulden durch die Haftung wegen des Interesses, das an die Wirksamkeit geknüpft ist, ausgeschlossen wird. Auszusondern sind die Fälle, in welchen derjenige, in dessen Dienste die Mittelperson handelt, einer auf Erfüllung gehenden Haftung unterworfen wird. Es kann nicht richtig sein in jeder Haftung für fremde culpa eine Schadenersatzpflicht zu erblicken. Aus dem Umstand, daß ein Verschulden des Mittelmannes als ein für die Grenze der Haftung symptomatisches Moment angewendet wird, darf nicht gefolgert werden, daß jede solche Haftung eine Verbindlichkeit zum Schadenersatze sei. Auf die Einzelheiten ist hier nicht einzugehen: selbstredend ist die Haftung eine verschiedene, je nachdem die Mittelsperson mehr oder weniger selbständig ist, sowie je nachdem seitens dieser Person eine strafbare Handlung vorliegt oder nicht: in jenem Fall soll die Haftung nicht so leicht auf denjenigen übergehen, in dessen Dienste die Mittelsperson steht [51]).

In analoger Weise sind die übrigen Fälle des damnum sine culpa zu beurtheilen, die in neuerer Zeit von Merkel, Encyklopädie §§ 663—683, Steinbach, Die Grundsätze des heutigen Rechtes über den Ersatz von Vermögensschäden S. 11 fg. und Unger, Handeln auf eigene Gefahr S. 6 fg. zusammengestellt sind. Jedoch müssen die Fälle genau ausgeschieden werden, wo die Haftung auf Erfüllung geht; denn diese Haftung hat mit der Schadenersatzpflicht nichts gemein, auch nicht hinsichtlich der Thatbestände.

Es mag aber schließlich bemerkt werden, daß zwischen unserem Prinzipe und den offenbar ungenügenden früheren

51) Daß dies jedoch der Fall sein kann, zeigt z. B. tit. Dig. 4, 9 sowie l. 1 pr. D. de publ. 39, 4.

Erklärungen, die sich durch ein fiktives Verschulden Unzurechnungsfähiger, ja gar der Thiere und der leblosen Gegenstände, oder aber durch grundlose Präsumptionen des Verschuldens jener Personen oder endlich durch Aufstellung der äußeren Kausalität als Prinzip der Verantwortlichkeit zu helfen versuchen, eine Lücke besteht, die in gewisser Hinsicht hier nicht ausgefüllt werden kann. Vom Standpunkte jedes einzelnen Falles aus werden die früheren Erklärungsversuche immerhin einen gewissen Schein für sich haben, denn wenn nur ein einzelner Fall in Frage steht, schlägt man die Nothwendigkeit einer Fiktion oder Präsumption oder der Aufstellung eines Prinzipes nicht hoch an, das in der That nur um des einzelnen Falles willen als Prinzip aufgestellt worden ist, und in Wahrheit gar kein Prinzip ist. Werden aber alle jene Ausnahmen zusammengestellt, so wird das Gefühl der Prinziplosigkeit stärker, und man wird zu unserem Prinzipe getrieben. Weil aber die Fälle, deren Erklärung erst von diesem Prinzipe aus möglich ist, in ihrer gegenwärtigen Gestalt unter dem Einfluß der bisherigen Theorien ausgebildet worden sind und in ihrer positiven Erscheinung die Spuren jener Fiktionen rc. an sich tragen, so reagiren sie bis auf ein Gewisses gegen den neuen Gesichtspunkt, der dieselben nicht ganz zu decken scheint. Ganz davon abgesehen, daß der allgemeine Begriff niemals die besonderen Fälle decken kann, am wenigsten wo, wie hier der Fall ist, die Entwicklung des positiven Rechtes nicht einmal zu einem relativen Abschluß hat kommen können. Es gilt in Wahrheit aber von der Finalität nichts anderes, als was oben vom Delikte und von dem subjektiven Rechte in dieser Hinsicht nachgewiesen worden ist.

Ueber Schadenersatz bei nicht schuldhaftem Verhalten handelt jetzt Rudolf Merkel, Die Kollision rechtmäßiger Interessen und die Schadensersatzpflicht bei rechtmäßigen Handlungen, Straßburg 1895. Diese

Arbeit, welche erst nach dem Abschluß meiner Abhandlung erschien, ist, unabhängig von der Richtigkeit der Einzelausführungen, aus zwei Gründen mit Freude zu begrüßen, einmal wegen des Muthes des Verfassers, mit gewissen überlieferten Begriffen aufzuräumen — vgl. z. B. die Ausführungen über die mora, S. 109 ff., über die „Haftung ex lege" S. 129 ff., über die „Zurechenbarkeit zur That" S. 155 u. a. m. — sodann wegen des ernsten Bestrebens, ein neues Prinzip für die Thatbestände des damnum sine culpa juristisch zu formuliren. Auf die Einzelausführungen des Verf. einzugehen verbietet uns der Raum, nur einer Bemerkung mag hier Platz gegeben werden. Es handelt sich bei Merkel zunächst um den Thatbestand der Schadenzufügung, wenn der Schaden durch eine Nothstandshandlung verursacht worden ist. Nach Merkel ist die Nothstandshandlung eine rechtmäßige Handlung, wenn deren Vornahme sich als eine Bethätigung des rechtlich überwiegenden Interesses darstellt (a. a. O. S. 42). Dennoch wird eine Schadenersatzpflicht von Merkel kraft des Prinzipes „des aktiven Interesses" anerkannt. U. E. ist die Nothstandshandlung als eine unverbotene Handlung zu charakterisiren und kann als solche nach dem oben dargelegten Grundsatz eine Schadenersatzpflicht zur Folge haben. Zu der Auffassung Merkel's gelangt man folgerecht, wenn man von einer Ansicht ausgeht, kraft welcher das ganze Rechtsleben — die konkrete Rechtsbestimmtheit in toto — durch ein in jedem Einzelfalle sich erneuerndes Abwägen kollidirender Interessen beherrscht wird: die Thätigkeit der Einzelnen, bezw. des erkennenden Richters geht demgemäß, wenn sie rechtmäßig ist, nur auf solches Abwägen und ein dem Ergebnisse desselben entsprechendes Handeln hinaus. Dieser Anschauung, die schon längst in der nordischen Litteratur vertreten, jetzt darüber hinaus vielfach zum Vorschein kommt, ist aber eine andere gegenüberzustellen: man geht davon aus, daß die Interessen, welche bei der Beurtheilung des rechtlichen Werthes oder Unwerthes einer Handlung in Betracht kommen können, durch das objektive Recht schon einer definitiven Abwägung unterworfen worden sind, und daher in Gestalt subjektiver Rechte und subjektiver Pflichten ein die Beurtheilung der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit beherrschendes Maaß an die Hand geben. Diese Anschauung ist u. E. die prinzipiell richtige, und liegt unseren obigen Ausführungen zu Grunde. Wer also de lege lata ein Recht zur Vornahme der Nothstandshandlung behauptet, darf u. E. nicht dabei stehen bleiben, daß das Prinzip des überwiegenden Interesses hier zur Anwendung käme, sondern muß darthun, daß jene Handlung eines Rechtsschutzes fähig sei, der demjenigen der unbestrittenen Rechtsausübungsakte ähnlich ist. Daß „die nicht verbotene Willensbethätigung einen Schutz gegen Hemmungen durch Dritte findet" (Merkel S. 35) mag richtig sein, genügt aber lange nicht, um eine solche Willensbethätigung

als eine Rechtsausübung erscheinen zu lassen. Jedenfalls dürfte es nicht verneint werden können, daß derartige Rechte oder rechtmäßige Handlungen bisher keine feste Stellung innerhalb der allgemeinen Rechtslehre gewonnen haben. Ein subjektives Recht zur Vornahme einer Nothstandshandlung scheint auch Merkel nicht anzunehmen, denn „nicht alles natürlich, was erlaubt, ist subjektives Recht" (a. a. O. S. 85 Anm. 1), dann aber hätte besonders untersucht werden müssen, in welchem Sinne eine Handlung, die nicht Ausfluß eines subjektiven Rechts ist, dennoch als rechtmäßig bezeichnet werden kann. Die l. 14 § 1 D. quemadm. serv. 8, 6 giebt nicht, wie Merkel hervorhebt (a. a. O. S. 51), jedem Passanten ein Recht, über dieses Grundstück zu gehen, denn wie sollte er dies Recht im Wege Rechtens geltend machen können? Nicht einmal die sonst anzuwendenden interdicta — die keineswegs immer auf das Dasein subjektiver Rechte schließen lassen — greifen wohl in diesem Sinne Platz, die a. injuriarum aber schützt als Deliktsklage nicht ein subjektives Recht, sondern nur ein Interesse des Verletzten. Die Stelle sagt, daß der vicinus für einen Weg einstehen soll, was u. E. zweierlei enthält, einmal, daß, wenn ein neuer Weg wirklich angewiesen oder hergestellt wird, dieser von den Passanten zu benutzen sei, sodann daß es den Passanten, wenn keine solche Anweisung oder Herstellung vorliegt, nicht verboten ist, über das Grundstück den Weg zu nehmen, wo sie wollen. Anders im Falle der l. 14 pr. D. 8, 6. — Die oben gekennzeichnete Grundanschauung des Verf. über das Abwägen kollidirender Interessen wird bei der Begründung des „Prinzips des aktiven Interesses", das bei ihm die Rolle der Finalität spielt, zu Grunde gelegt. Es wird demgemäß gelegentlich als der Kern des Problems die „Vertheilung des Schadens" bezeichnet (S. 145, vgl. S. 147 ff.), eine Formulirung, der wir nicht beitreten können. Das Prinzip des aktiven Interesses subsumirt sich wiederum unter einen allgemeineren Gesichtspunkt, denjenigen des eigenen Handelns und Wirkens, für welches Jedermann einstehen muß, und zwar wird die Haftung mit Hülfe eines Mittelbegriffes motivirt, der in der Hervorhebung „der Möglichkeit einer Einwirkung in abstracto" versteckt ist (S. 165—179). Es ist uns leider nicht mehr möglich, zu den hierher gehörigen Ausführungen Stellung zu nehmen.

---

VI.

# De in rem verso.

Von Prof. Dr. A. v. Tuhr in Basel.

In diesem Bande der Jahrbücher S. 78 fg. hat Schloßmann die von mir vorgeschlagene Erklärung der actio de in rem verso [1]) bekämpft. Sein Angriff stützt sich auf die Interpretation von vier Pandektenstellen, denen eine allgemeine gegen den Grundgedanken meiner Theorie gerichtete Bemerkung beigefügt ist. Meine Replik folgt der von Schloßmann gewählten Anordnung.

## I.

In meiner Untersuchung der versio in rem bin ich von der Thatsache ausgegangen, daß eine Geschäftsführung des Sklaven für seinen Herrn Naturalansprüche des Pekulium erzeugt, welche inhaltlich der a. negot. gest. resp. mand. contr. entsprechen. Da nun die Naturalansprüche des Sklaven gegen seinen Herrn bei der a. de peculio dem Pekulium zugezählt werden, so muß in den Fällen, in welchen die Versionsklage gewährt wird, ein besonderer Grund dafür vorliegen, daß der

1) Actio de in rem verso (Freiburg und Leipzig 1895), citirt als Versio.

Naturalanspruch des Sklaven ex gestione nicht als Bestandtheil des Pekulium jedem Pekuliargläubiger zu Gute kommen kann, sondern speziell der Befriedigung des Versionsgläubigers dient. Ich glaubte diesen Grund darin gefunden zu haben, daß der Regreß eines Geschäftsführers, dessen Aufopferung in der Uebernahme einer Verpflichtung besteht, auf Befreiung von dieser Verbindlichkeit gerichtet ist, und daß ein Liberationsanspruch seines Inhaltes wegen von der computatio in peculium ausgeschlossen ist. Um meine Theorie auf ihre Richtigkeit zu prüfen, mußte ich untersuchen, ob in der That da, wo die Versionsklage gegeben wird, eine naturale Liberationspflicht des Herrn vorliegt. Dabei war zu unterscheiden:

a) Direkte Version: der Erwerb des Sklaven gelangt sofort in das patrimonium domini;

b) Indirekte Version: der Sklave bringt die Darlehensvaluta resp. die angekaufte Sache zunächst in sein Pekulium und verwendet sie dann erst zu Nutzen des Herrn. Daß die Versionsklage auch in diesem Falle möglich ist, wird in den Quellen ausdrücklich hervorgehoben (fr. 3 § 1 in f. und fr. 5 § 3 h. t. 15, 3). Der Regreß des Sklaven wäre aber bei dieser Sachlage nur dann ein Liberationsanspruch, wenn der Sklave schon die Anschaffung der später verwendeten Gegenstände auf Rechnung des Herrn vorgenommen hätte. Nun heißt es allerdings in fr. 5 § 3 cit.: hoc autem totiens verum est, quotiens servus rem domini gerens locupletiorem eum fecit nummis peculiaribus, aber diese Worte sind zweideutig; sie können bedeuten: die Geschäftsführungsabsicht muß bei der Verwendung vorhanden sein, oder auch: der Sklave muß beim ganzen Geschäft, also schon bei der Anschaffung im Interesse seines Herrn gehandelt haben. Ich habe mich für die zweite Auffassung entschieden und meine

Ansicht auf S. 193 fg. begründet [2]). Dagegen meint Schloßmann, daß meine Theorie in diesem Punkte durch fr. 3 § 1 h. t. widerlegt werde.

In diesem Fragment sind in einem langen Satze verschiedene Möglichkeiten der Version aufgezählt. Das Verständniß der Stelle hängt davon ab, wie man sich die logische Anordnung der Satztheile vorstellt. Schloßmann denkt an eine Trichotomie, welche sich in folgender Eintheilung darstellen würde:

In rem autem versum videtur

1) sive id ipsum quod servus accepit in rem domini convertit (veluti si triticum acceperit et id ipsum in familiam domini cibariorum nomine consumpserit) [3]), aut si pecuniam a creditore acceptam dominico creditori solverit, (sed etsi erravit . .),

2) sive cum servus domini negotii gerendi administrandive causa quid gessit, veluti si mutuatus sit pecuniam ut frumentum compararet ad familiam alendam vel si ad vestiendam,

3) sive peculiariter mutuatus postea in rem domini vertit; hoc enim iure utimur, ut etiamsi prius in peculium vertit pecuniam, mox in rem domini, esse de in rem verso actio possit.

---

2) Schloßmann, S. 81 Note 3, bemerkt, daß unter dem servus rem domini gerens des fr. 5 § 3 cit. ein Sklave zu verstehen sei, welcher nicht ein einzelnes Geschäft des Herrn führt, sondern das Vermögen seines Herrn verwaltet. Ich acceptire diese Auslegung, glaube jedoch, daß sie gegen Schloßmann und für mich spricht; denn wenn man sich den Sklaven des fr. 5 § 3 cit. als Vermögensverwalter denkt, so ist um so eher anzunehmen, daß er schon beim Kontrahiren des Darlehens den animus negotia gerendi hatte, vgl. Versio S. 189.

3) Diese Parenthese, die sich bei Schloßmann und in der Ausgabe von Mommsen findet, halte ich für unrichtig; denn das eingeklammerte Beispiel des frumentum acceptum et consumptum ist mit dem sogleich folgenden Beispiel der pecunia accepta et soluta durchaus gleichartig.

Schloßmann meint nun, daß zwischen 2) und 3) ein Gegensatz besteht: der Sklave handelt im Falle 2) als Geschäftsführer seines Herrn; daraus soll folgen, daß peculiariter mutuari unter 3) „nichts anderes bedeuten kann, als Aufnahme eines Darlehens für das Pekulium d. h. für die eigenen Zwecke des Sklaven". Diese Schlußfolgerung ist, wie sich sofort erweisen wird, unrichtig. Der Fehler beruht darauf, daß Schloßmann den ersten Theil unserer Stelle außer Acht gelassen und daher den Zusammenhang der ulpianischen Erörterung m. E. falsch verstanden hat. Das Fragment erhält nämlich eine richtigere Struktur, wenn man, wie ich es schon auf S. 190 meines Buches, allerdings nicht deutlich genug, ausgesprochen habe, eine Zweitheilung zu Grunde legt, nach folgendem Schema:

In rem autem versum videtur

1) sive id ipsum quod servus accepit in rem domini convertit, veluti si triticum . . . aut si pecuniam . . .

2) sive cum servus domini negotii gerendi administrandive causa quid gessit,

a) veluti si mutuatus sit pecuniam, ut frumentum compararet ad familiam alendam vel si ad vestiendam,

b) sive peculiariter mutuatus postea in rem domini vertit; hoc enim iure etc.

Ulpian will, wie ich glaube, im Gegensatz zu älteren Anschauungen [4]) vor Allem feststellen, daß die Versionsklage nicht nur dem Gläubiger zu Gebote steht, dessen Sache in das Vermögen des Herrn verwendet worden ist (vgl. das zweimalige id ipsum quod servus accepit im ersten Theil der Stelle). Ueber die Erfordernisse der Versionsklage aus versio rei ipsius läßt sich aus der Stelle nichts entnehmen.

---

4) Vgl. Versio S. 190 Note 2 und S. 292.

Die Möglichkeit der versio ex peculio und die dabei nöthige Willensrichtung des Sklaven wird nicht erwähnt.

Im zweiten Theil seines Satzes formulirt Ulpian sein in fr. 3 § 5 h. t. nochmals ausgesprochenes Prinzip, daß die Versionsklage auf einer Geschäftsführung des Sklaven beruht. Die Gestion kann sich darin darstellen, daß der Sklave ein Surrogat der angeschafften Sache in das Vermögen seines Herrn verwendet [5]. Hierbei unterscheidet Ulpian die beiden Möglichkeiten:

a) Der Sklave handelt schon bei der ersten Anschaffung als direkter Vertreter seines Herrn; er erwirbt das geliehene Geld nicht für sein Pekulium, sondern für das Patrimonium [6]; aber statt es unmittelbar für den Herrn zu verwenden (wie im Falle 1), benutzt er es zur Fortsetzung seiner Geschäftsführung und kauft das dem Herrn nöthige Getreide.

b) Der Sklave handelt wie ein indirekter Stellvertreter: peculiariter mutuatus postea in rem domini vertit, d. h. er nimmt das Geld in seine Pekuliarkasse auf und verwendet später eine gleich große Summe in Geschäften des Herrn. Die Worte peculiariter mutuatus bezeichnen m. E. nur das Eintreten der geliehenen Geldstücke in den Bestand des Pekuliums [7], für die Absicht des Sklaven bei Aufnahme des Darlehens sind sie indifferent; denn diese Absicht ist, wie ich

---

5) Ein anderer hier nicht erwähnter Fall, in welchem die Versionsklage auf Grund der Geschäftsführung gewährt wird, obgleich es zu keiner versio rei ipsius kommt, liegt dann vor, wenn die nützlich begonnene Gestion ohne Resultat bleibt, vgl. Versio S. 20 fg.

6) Ob der Erwerb für das peculium oder das patrimonium gemacht wurde, ergab sich gewiß aus den Büchern, die der Sklave führte.

7) cf. fr. 5 § 3 h. t. placet non solum eam pecuniam in rem verti, quae statim a creditore ad dominum pervenerit, sed et quae prius fuerit in peculio.

glaube, in den vorangehenden Worten unter 2) gemeinsam für beide Fälle a) und b) ausgesprochen.

Aber selbst wenn man meine Anordnung des Satzes in diesem Punkte nicht acceptirt, läßt sich aus dem Zusammenhang der Stelle beweisen, daß die Worte **peculiariter mutuatus** im Sinne Schloßmann's („kontrahiren für die eigenen Zwecke des Sklaven im Gegensatz zu denjenigen des Herrn") nicht verstanden werden können. Im ersten Theil der Stelle ist (was Schloßmann offenbar übersehen hat) die Version der **pecunia a creditore accepta** erledigt; im zweiten Theil bespricht Ulpian die Version eines Surrogates des angeschafften Gegenstandes, und zwar wird vertirt

a) das mit dem geliehenen und für die Zwecke des Patrimonium aufbewahrten Gelde gekaufte Getreide,

b) eine Geldsumme aus dem Pekulium. Die Geldstücke sind mit den geliehenen nicht identisch, und doch soll Version vorliegen. Das ist aber nur dann möglich, wenn schon bei Aufnahme des Darlehens die Geschäftsführungsabsicht vorhanden war; „denn", um mit Schloßmann's Worten (S. 84) fortzufahren, „sind die von dem Dritten herrührenden Sachen ununterscheidbar in dem Pekulium aufgegangen, dann kann, wenn nicht von vornherein schon bei ihrer Erlangung der **animus domini negotia gerendi** obwaltete, von einer **versio in rem** nicht die Rede sein. Hat der Sklave sich für eigene Zwecke 1000 geliehen und später 1000 aus dem Pekulium für den Herrn verwendet, so läßt sich nicht ohne weiteres behaupten, daß diese verwendeten 1000 das Surrogat jener ersteren und also ein mittelbar aus dem Vermögen des Verleihers herrührendes **versum** darstellen."

Das Ergebniß des richtig verstandenen **fr. 3 § 1 h. t.** ist demnach: für den zuletzt besprochenen Fall, daß der Sklave **peculiariter mutuatus** die gleiche Geldsumme vertirt, Un-

entbehrlichkeit des anfänglichen animus negotia gerendi; für die am Anfang der Stelle besprochene versio rei ipsius bleibt die Frage nach dem Beginn der Geschäftsführungsabsicht unentschieden. Die Stelle ist also zum Theil eine Stütze, zum anderen Theil wenigstens kein Hinderniß für meine Theorie der Version.

## II.

fr. 7 § 1 h. t. (Ulpianus). plane si mutuum servus acceperit et donandi animo solvit, dum non vult eum debitorem facere peculiarem, de in rem verso actio est.

Schloßmann bemerkt, solvere pecuniam bedeute niemals schlechtweg Geld zahlen, sondern nur zahlen zum Zweck der Tilgung einer Schuld. Demgemäß müsse man annehmen, der Sklave habe das geliehene Geld nicht in die Kasse des Herrn sondern an einen Gläubiger des Herrn abgeführt. Ich gebe zu, daß diese Interpretation dem Sinne des Wortes solvit besser gerecht wird, obwohl man dabei den Zusatz solvit creditori vermißt. Jedoch ist die Frage, ob der Sklave das Geld seinem Herrn oder einem Gläubiger desselben auszahlt, für die von mir vertretene Auffassung der Stelle gleichgültig. In beiden Fällen bedarf die Wirkungslosigkeit des animus donandi superveniens einer Erklärung, die ich S. 199 fg. zu geben versucht habe.

Um so entschiedener muß ich mich gegen den von Schloßmann vorgeschlagenen Ausweg erklären. Die Versionsklage soll nach Schloßmann deshalb zulässig sein, weil der Sklave die geliehenen Geldsäcke in Ermangelung der libera administratio nicht veräußern und somit die beabsichtigte Beschenkung seines Herrn (durch Tilgung seiner Schuld) nicht zu Stande bringen konnte. Dagegen läßt sich Verschiedenes einwenden:

1) Die Entscheidung Ulpian's würde, im Sinne Schloßmann's verstanden, nur solange gelten, als das gezahlte Geld vom Gläubiger nicht konsumirt resp. mit seinem eigenen Gelde ununterscheidbar vermischt wird. Denn sobald dieses — sine dolo malo — eintritt, ist die Forderung des Gläubigers getilgt[8]), und damit die Schenkungsabsicht des Sklaven erreicht. Nun ist es gewiß ein sonderbares Resultat, daß der Darlehensgläubiger die Versionsklage nur so lange haben soll, als dem Herrn die vindicatio nummorum möglich ist, und noch auffallender wäre es, wenn Ulpian die Versionsklage mit den kategorischen Worten de in rem verso actio est zusprechen sollte, ohne auch nur anzudeuten, daß diese Klage nur während des vorübergehenden und meist sehr kurzen Zeitraumes der individuellen Erkennbarkeit der Geldstücke möglich sein soll. Es scheint mir daher richtiger, anzunehmen, daß Ulpian entweder hier, wie auch an den anderen Stellen[9]), in denen der Sklave mit geliehenem Gelde Schulden seines Herrn bezahlt, die libera administratio als vorhanden voraussetzt (was bei einem servus rem domini gerens der Fall sein mußte, wenn er im Stande sein sollte, die Interessen seines Herrn zu wahren); oder daß Ulpian mit Rücksicht auf die fast unausbleibliche Vermischung des Geldes, durch welche, wie gesagt, der Mangel der administratio geheilt wird, von der Frage nach dem Vorhandensein derselben absah.

2) Ein weiteres und, wie mir scheint, entscheidendes Bedenken gegen die Auslegung Schloßmann's ergiebt sich

8) Vgl. Dernburg, Pandekten, Bd. II § 55 Note 6, Windscheid, Pand. § 342 Note 8. Der Gläubiger, dem der Sklave die Bezahlung einer Schuld seines Herrn anbietet, wird selten Veranlassung haben, an der Ermächtigung des Sklaven zu zweifeln, und daher nicht leicht in dolo molo sein.

9) Vgl. z. B. fr. 8 § 1 und fr. 10 § 7 h. t.

aus folgender Erwägung: der Sklave will, nachdem er anfangs als Geschäftsführer des Herrn kontrahirt hat (und diese Absicht vielleicht zur Kenntniß des Gläubigers gekommen ist), im entscheidenden Moment der Verwendung seinen Herrn beschenken. Die Frage ist, ob diese Willensänderung dem Gläubiger schaden soll oder nicht? Nun kann der Sklave unter zwei Arten der Verwendung wählen: Zahlung an den Herrn, oder Zahlung für den Herrn an einen Dritten, z. B. einen Gläubiger des Herrn. Man sollte meinen, daß in beiden Fällen die Entscheidung im gleichen Sinne (für oder wider die Wirksamkeit des animus donandi) ausfallen müßte; wenigstens ist in der Stelle eine Verschiedenheit nicht angedeutet. Bei Schloßmann dagegen finden wir einen merkwürdigen Gegensatz:

a) Will der Sklave den Herrn durch Einzahlung des Geldes in die Kasse des Herrn beschenken, so kann er dies ohne Schwierigkeit bewirken — er bedarf ja dazu der libera administratio nicht — und damit die schon begründete Versionsklage aufheben [10]).

b) Will der Sklave die Schenkung durch Bezahlung einer Schuld des Herrn effektuiren, so scheitert diese Absicht an dem Mangel der libera administratio, und, da die beabsichtigte Schenkung nicht zur Ausführung kommen konnte, so soll es

10) Genau genommen, ist die a. de in rem verso durch Aufnahme des Darlehns noch nicht begründet, obgleich die Geldstücke in das Eigenthum des Herrn gelangt sind. Denn für die Entstehung der Versionsklage gilt die in den Quellen unzweideutig aufgestellte und von Schloßmann nicht bestrittene Analogie des Mandats und der negotiorum gestio, der Regreß des Geschäftsführers ist aber mit der Anschaffung der zu verwendenden Gegenstände noch nicht perfekt, vgl. Versio, S. 68 fg. Es handelt sich daher beim animus donandi superveniens nicht um Aufhebung, sondern um Vereitelung eines im Entstehen begriffenen Versionsanspruches, vgl. Versio, S. 200.

bei der einmal begründeten a. de in rem verso sein Bewenden haben.

In beiden Fällen ist aber der Herr durch die animo donandi vorgenommene Handlung des Sklaven genau in demselben Maße reicher geworden. Im Falle a) hat er 100 Geldstücke in seiner Kasse, im Falle b) befinden sich diese 100 nummi zwar beim Gläubiger, aber der Herr kann sie vindiziren, und sobald die Möglichkeit der Vindikation wegfällt, tritt die vom Sklaven gewollte Befreiung des Herrn ein.

Warum soll nun der Herr, dem in beiden Fällen die Valuta des vom Sklaven kontrahirten Darlehns zu Gute kommt, nur im Falle b) durch den animus donandi des Sklaven von seiner Versionshaftung frei werden? Solange diese Frage nicht in befriedigender Weise beantwortet ist, wird man dabei beharren müssen, daß die Wirkungslosigkeit des animus donandi in fr. 7 § 1 cit. nicht von der Art der definitiven Verwendung des Geldes abhängt, sondern in dem Verhältniß des Sklaven zu seinem Herrn begründet ist, vermöge dessen der Gläubiger eines energischen Schutzes gegen Kollusion dieser beiden Personen bedarf.

## III.

fr. 7 § 2 h. t. (Ulpianus): illud verum non est, quod Mela scribit, si servo meo argentum dederis, ut pocula tibi faceret ex quolibet argento, mox factis poculis servus decesserit, esse tibi adversus me de in rem verso actionem, quoniam possum pocula vindicare.

Ich acceptire die von Schloßmann vorgeschlagene Auffassung des Thatbestandes: der Sklave hat die angefertigten Becher dem Besteller abgeliefert; so erklären sich am ungezwungensten die Schlußworte; quoniam possum pocula vindicare.

Aber warum ist der Besteller nicht Eigenthümer der ihm gelieferten Becher geworden? Ich habe (S. 262 fg.) angenommen, daß nach der Ansicht Mela's das zur Bearbeitung gegebene Silber nicht in das Pekulium, sondern in das Patrimonium gelange. Daraus würde sich von selbst ergeben, daß auch die Becher Bestandtheil des Patrimonium geworden sind und daher vom Sklaven nicht ohne Willen des Herrn veräußert werden können. Allerdings ist meine Annahme angesichts der wenigen Anhaltspunkte, die wir für die Entwickelung des Pekuliarrechts besitzen, nur auf Wahrscheinlichkeitserwägungen gegründet. Darum will ich die Möglichkeit der Auffassung Schloßmann's nicht bestreiten: das Silber und daher auch die Becher sind Bestandtheil des Pekulium geworden, aber der Sklave hat die Becher trotzdem nicht in das Eigenthum des Bestellers bringen können, weil ihm im gegebenen Falle die libera administratio fehlte.

Wie erklärt sich nun aber die a. de in rem verso des Mela? Nach meiner Ansicht daraus, daß das Patrimonium auf Kosten des Gläubigers einen Zuwachs erhalten hat, und zwar schon durch Erwerb des Silbers[11]); nach Schloßmann dagegen erfolgt dieser Zuwachs erst durch den Tod des Sklaven und die damit eintretende Auflösung des Pekulium. Demgemäß vermuthet Schloßmann, daß Mela in solchen Fällen geneigt war, dem Gläubiger, von welchem der dem Herrn zugefallene Gegenstand herrührte, die Versionsklage (statt der a. de peculio annalis) zu gewähren. Diese Hypo-

11) Schloßmann, S. 89 Note 13 hat mich mißverstanden. Ich habe (S. 262) den Satz, daß der conductor operis Eigenthum an dem ihm anvertrauten Material erwirbt, nicht allgemein, sondern nur für den in unserer Stelle vorliegenden Fall (ut pocula tibi faceret ex quolibet argento) aussprechen wollen. Für diesen Fall hat unter den römischen Juristen eine Meinungsverschiedenheit nie bestanden.

these Schloßmann's ist aber durchaus unbewiesen. Vielmehr wird uns in fr. 3 quando de pec. 15, 2 überliefert, daß nach dem Tode des Sklaven das Pekulium zwar aufhörte zu existiren, aber für die a. de peculio annalis als Rechnungsgröße fortgeführt wurde. Von einem Ausscheiden der Bestandtheile, welche nachweislich von bestimmten Gläubigern herstammten, ist dabei nicht die Rede, sondern nur davon, daß eine schon bei Lebzeiten des Sklaven begründete Versionsklage den annus utilis überdauert[12]).

Wie man übrigens auch über die Motive der Entscheidung Mela's denken mag, vom Standpunkte Ulpian's aus erscheint der Ausschluß der Versionsklage in unserem Falle als selbstverständlich, weil keine Geschäftsführung des Sklaven für seinen Herrn vorliegt. Zwischen Schloßmann und mir besteht in diesem Punkte nur die Differenz, daß Schloßmann sich damit begnügt, auf die regula des fr. 3 § 2 h. t. hinzuweisen, während ich versucht habe, die ratio dieser Regel und ihr Verhältniß zu den uns überlieferten Sätzen des Pekuliarrechtes zu ergründen.

## IV.

fr. 7 § 4 h. t. (Ulpianus). idem (Labeo) ait, 1) et si hereditatem a servo tuo emero, quae ad te pertinebat, et creditoribus pecuniam solvero, deinde hanc hereditatem abstuleris mihi, ex empto actione me id ipsum consecuturum: videri enim in rem tuam

12) fr. 1 § 10 quando de pec. 15, 2, fr. 1 § 1 h. t. 15, 3. Daß Mela im Thatbestande unserer Stelle den Tod des Sklaven erwähnt, ist daher nicht, wie Schloßmann meint, eine zwecklose Bemerkung, selbst wenn man durch den Tod des Sklaven keine neue Versionsklage entstehen läßt.

versum. 2) nam et si hereditatem a servo emero, ut quod mihi ab ipso servo debebatur compensarem, licet nihil solvi, tamen consequi me ex empto quod ad dominum pervenit. ego autem non puto de in rem verso esse actionem emptori, nisi hoc animo gesserit servus, ut in rem verteret.

Von den beiden in dieser Stelle entschiedeneu Fällen habe ich den ersten S. 154 fg., den zweiten S. 269 fg. besprochen. In Bezug auf die Interpretation des ersten Falles ist Schloßmann mit mir einverstanden, für den zweiten Fall giebt er eine von der meinigen abweichende Auslegung. Das Verständniß dieses Falles ist dadurch erschwert, daß der Thatbestand mehr angedeutet als angegeben ist. Wie kann Labeo sagen: quod ad dominum pervenit, da doch der Erbschaftskäufer nihil solvit? Ich habe diese Schwierigkeit dadurch zu heben versucht, daß ich die Bereicherung des Herrn nicht mit dem Erbschaftsverkauf, sondern mit der durch Kompensation getilgten Schuld des Sklaven in Zusammenhang bringe: wenn das debitum servi zum Theil Pekuliarschuld und zum anderen Theil Versionsschuld ist, so erscheint der zur Begleichung dieser Schuld vorgenommene Erbschaftsverkauf als ein Geschäft, welches pro parte ein negotium domini ist, und dessen Folgen der Herr demgemäß dem Sklaven pro rata abnehmen muß. In der Bemerkung Ulpian's sehe ich eine Einschränkung des labeonischen Ausspruches, die sich, wie ich glaube, aus der veränderten Auffassung der Version erklärt: das pervenire ad dominum kann im Sinne Ulpian's zur Begründung eines Versionsanspruches nicht genügen, sondern der Sklave muß schon bei Eingehung seiner Schuld im Interesse des Herrn gehandelt haben, sonst wäre seine Verwendung eine „Erogation“ und sein Regreß ein gewöhnlicher Bestandtheil des Pekulium.

Gegen diese Auslegung wendet Schloßmann ein, daß

die Ausdrucksweise Ulpian's als sehr dunkel und gezwungen zu bezeichnen wäre. Das ist in gewissem Maße unbestreitbar, aber ich glaube, daß bei jeder Interpretation unserer Stelle sowohl dem Labeo als dem Ulpian der Vorwurf der Breviloquenz nicht erspart werden kann. Denn auch die von Schloßmann selbst vorgeschlagene Erklärung ist zwar an sich nicht unmöglich und auch mit meiner Ansicht vom Wesen der Version wohl vereinbar, nöthigt uns aber, wie mir scheint, noch mehr Unausgesprochenes zu subintellegiren, als bei meiner Auslegung.

Schloßmann denkt sich den Fall unserer Stelle folgendermaßen: der Sklave schuldet dem X eine Summe aus einem beliebigen Grunde und beabsichtigt eine Verwendung zu Gunsten seines Herrn vorzunehmen. Um nun zu diesem Zwecke über sein Pekuliargeld disponiren zu können, befriedigt er seinen Gläubiger durch den Verkauf einer ihm zugefallenen Erbschaft. Der Herr will den Verkauf nicht gelten lassen; der Käufer sieht sich genöthigt, die a. emti de peculio anzustellen. Dabei soll die vom Sklaven aus seinem Pekulium für den Herrn verwendete Geldsumme als versum in Betracht kommen, allerdings, wie Ulpian betont, nur dann, wenn die Erbschaft eben zu dem Zwecke verkauft worden ist, um das nunmehr zur Zahlung der Pekuliarschuld nicht nöthige Geld dem Herrn zukommen zu lassen; denn nur unter dieser Voraussetzung könne man sagen, daß die Summe dem Herrn aus dem Erbschaftsverkauf zugekommen sei.

Diese Auslegung scheint mir, wie gesagt, möglich zu sein [13]), aber sie enthält keine Widerlegung meiner Theorie.

13) Sie ist für die Zeit Labeo's nicht gerade wahrscheinlich; denn die älteren Juristen forderten, wie ich (S. 190) vermuthe, Identität des vom Gläubiger hergegebenen und des für den Herrn verwendeten Gegenstandes, und diese Identität ist in unserem Falle nur in einer recht gezwungenen Weise herzustellen.

Denn die Version ist auch bei dieser Auffassung des Thatbestandes auf einem Liberationsanspruche basirt: der Sklave verkauft die Erbschaft animo negotia gerendi — es ist, wie Schloßmann richtig ausführt, gleichgültig, ob er den Kaufpreis selbst in das Vermögen des Herrn verwendet oder eine andere Geldsumme, über welche er ohne den Verkauf nicht verfügen könnte — und, da der Verkauf im Interesse des Herrn abgeschlossen ist, so muß der Herr dem Sklaven die aus dem Verkauf resultirenden Verpflichtungen abnehmen, namentlich ihn von der actio empti befreien, wenn er die Erfüllung des Kaufes selbst verhindert.

Fragen wir uns nun, welcher der beiden Auslegungen wir den Vorzug zu geben haben, so spricht gegen Schloßmann der Umstand, daß bei seiner Interpretation der Gegensatz zwischen Labeo und Ulpian verschwindet. Denn die Versionsabsicht muß, wie Schloßmann selbst ausführt, schon bei Abschluß des Verkaufes vorhanden sein, damit man das aus dem Pekulium verwendete Geld als (wirthschaftlich) identisch mit dem Gelde, welches dem Gläubiger geschuldet war, ansehen kann. Schloßmann sieht sich denn auch genöthigt, die Bemerkung Ulpian's nicht, wie ich, als eine einschränkende Korrektur der labeonischen Entscheidung aufzufassen, sondern als eine nähere Bestimmung eines von Labeo offen gelassenen Punktes. Auch diese Interpretation ist bei der Kürze, deren sich Ulpian in der Wiedergabe der labeonischen und der Darlegung seiner eigenen Ansicht befleißigt, nicht strikt zu widerlegen, doch scheint es mir nach wie vor richtiger, eine von der Lehre der älteren Juristen abweichende Ansicht Ulpian's anzunehmen; denn der Zusatz ego autem non puto de in rem verso esse actionem etc. steht ja nicht allein, sondern im Zusammenhang mit der ähnlichen Bemer-

kung Ulpian's in fr. 5 § 3 h. t. und mit seinem offenen Widerspruch gegen Mela in fr. 7 § 2 eod.

V.

Der Einwand, den Schloßmann (S. 98) gegen das Fundament meiner Theorie erhebt, läßt sich nicht kürzer als mit seinen eigenen Worten wiedergeben:

„Der Sklave ist dem Dritten gegenüber aus seinem Geschäfte persönlich niemals obligirt — auch nicht nach erfolgter Manumission. Von einem Liberationsregreß des Sklaven könnte man daher nur in dem Sinne sprechen, daß von einer aus dem Geschäfte des Sklaven gegen den Herrn angestellten a. de peculio jenem die Gefahr einer Minderung des Pekulium um den dem Dritten gebührenden Betrag droht und daß der Herr naturaliter für verpflichtet erachtet werden könnte, den Sklaven von dieser Gefahr zu befreien. Dieser Regreß müßte aber nothwendig auf einen Betrag beschränkt bleiben, welcher dem Werth des Pekulium zur Zeit der Kondemnation des Herrn auf Grund der a. de peculio gleichkommt, weil darüber hinaus das Quasivermögen des Sklaven eine Verkürzung nicht erfahren könnte."

Diesen Ausführungen kann ich nicht beistimmen. Richtig ist nur, daß der Sklave aus den von ihm abgeschlossenen Geschäften niemals — auch nicht nach seiner Freilassung — belangt werden kann[14]). Aber damit ist nicht gesagt, daß ein Geschäft des Sklaven ihn nur insoweit angeht, als sein Pekulium in Folge einer gegen den Herrn gerichteten a. de peculio (durch deductio oder Zahlung aus den Mitteln des Pekulium)

14) Vgl. Versio, S. 180.

gemindert wird. **Schloßmann** übersieht dabei, daß in den Quellen neben der Pekuliarhaftung des Herrn eine naturalis obligatio des Sklaven aus seinem Geschäfte anerkannt ist, und zwar in demselben Betrage, den eine freie Person aus dem betreffenden Thatbestande schulden würde [15]).

Der Sklave ist, wenn er ein Darlehen von 100 aufgenommen hat, 100 schuldig und muß diese Summe zahlen, wenn er nicht wortbrüchig werden und seinen Kredit einbüßen will. Freilich kann er selbst zu dieser Zahlung gar nicht gezwungen werden, und sein Herr nur bis zu dem Betrage, den der Werth des Pekulium augenblicklich hat (z. B. bis zur Höhe von 60); aber die Schuld des Sklaven besteht in Bezug auf den ungedeckten Rest (40) fort. Diesen Rest kann der Gläubiger, wenn das Pekulium wieder anwächst, mit einer zweiten a. de peculio eintreiben.

In dieser Beziehung ist der Anspruch des Gläubigers gegen den Sklaven zu vergleichen mit einer Forderung, welche mit dem beneficium competentiae behaftet ist, oder mit einer Forderung gegen einen im Konkurse befindlichen Schuldner: in allen drei Fällen ist der Gläubiger in der Verfolgung seines Rechtes auf ein bestimmtes Maß beschränkt und muß mit dem Ueberschuß warten, bis das ihm haftende Vermögen einen Zuwachs erhalten hat [16]).

Es entsteht nun die Frage, ob eine solche Beschränkung

---

15) fr. 13 pr. de cond. ind. 12, 6, fr. 50 § 2 de pec. 15, 1, fr. 14 de o. et a. 44, 7.

16) Der unbefriedigte Konkursgläubiger darf gemäß K.O. § 152 sofort nach Aufhebung des Konkurses seine Rechte geltend machen, ebenso wie der Pekuliargläubiger sofort nach Erledigung der a. de peculio eine zweite Klage erheben darf. Diese Befugniß wird aber für beide Gläubiger praktisch werthlos sein, solange der Schuldner kein Aktivvermögen resp. Aktivpekulium besitzt.

in der Verfolgbarkeit einer Forderung zurückwirkt auf einen Liberationsanspruch, welcher in Bezug auf diese Forderung dem Schuldner zusteht. Schloßmann scheint es für selbstverständlich zu halten, daß ein Liberationsanspruch nur in demselben Maße geltend zu machen ist, in welchem die Haftung des Schuldners auf dem Wege der Klage und Exekution realisirt werden kann. Daraus würde in der That folgen, daß der naturale Befreiungsanspruch des Sklaven auf den Betrag des Pekulium zur Zeit der Kondemnation beschränkt, somit als Grundlage einer über das Pekulium hinausgehenden Versionsklage untauglich ist.

Allein mir scheint die Prämisse Schloßmann's irrig zu sein. Ich glaube, daß der Liberationsanspruch sich zwar nach Art und Größe der aufzuhebenden Forderung richtet [17]), aber ohne Rücksicht darauf, ob die Durchsetzung dieser Forderung durch die Unzulänglichkeit des haftenden Vermögens (Pekulium, Konkursmasse, kompetenzfreies Vermögen) augenblicklich gehemmt ist [18]). Denn der Befreiungsanspruch geht auf Aufhebung der Obligation und nicht bloß auf Abwendung des Zugriffes des Gläubigers: der liberationsberechtigte Schuldner kann verlangen, daß ihm die Schuld mit allen ihren Konsequenzen abgenommen werde, und diese Konsequenzen erschöpfen sich nicht in dem Verlust, den der Gläubiger dem Schuldner durch Klage zuzufügen vermag: beim beneficium competentiae kommt es dem Schuldner darauf an, daß sein künftig zu erwerbender Kompetenzüberschuß von dem Restanspruch des

17) Vgl. Versio, S. 88 fg und 219 fg.

18) Ebenso muß der Schuldner, dem Befreiung zu Theil geworden ist, sich den Werth dieser Leistung ohne Rücksicht auf seine eigene Solvenz anrechnen lassen: debitor ipse sibi solvendo videtur, fr. 82 ad l. Falc. 35, 2, fr. 31 § 1, 4 de m. c. don. 39, 6.

Gläubigers befreit werde, ebenso hat der Gemeinschuldner ein Interesse daran, nach Aufhebung des Konkurses der Ausfalls-fallsforderung des Gläubigers nicht ausgesetzt zu sein. Auf der anderen Seite sehe ich keinen Grund, warum L, welcher verpflichtet ist, die Schuld des D zu tilgen, sich darauf berufen dürfte, daß D selbst zu dieser Tilgung nicht im Stande ist[19]). Darum kann, was ich auf S. 123 meines Buches als selbstverständlich nicht besonders hervorgehoben habe, der Konkursverwalter einen Liberationsanspruch des Gemeinschuldners in vollem Maße ausüben.

Ebenso muß es sich mit einem dem Sklaven gegen seinen Herrn zustehenden Befreiungsanspruch verhalten. Die analoge Anwendung civiler Rechtssätze auf die Naturalobligationen zwischen Sklaven und Herrn ist ja in fr. 49 § 2 de pec. 15, 1 ausgesprochen[20]). Der Sklave hat daher den Liberations-regreß im vollen Umfange seiner Naturalschuld, obgleich augenblicklich nur der jetzige Bestand seines Pekulium auf dem Spiel zu stehen scheint. Denn durch das Fortbestehen der Schuld wäre auch sein künftiger Erwerb und — was für den prozeßunfähigen Sklaven besonders wichtig ist — sein geschäftlicher Kredit gefährdet. Je weniger baare Mittel der Sklave besitzt, der sich im Interesse des Herrn obligirt hat, um so größere Bedeutung hat für ihn und für seinen Gläubiger die Verpflichtung des Herrn, die formell das Pekulium, materiell aber das Patrimonium angehende Schuld aus seinen

19) Die Insolvenz des regreßberechtigten Schuldners kann m. E. sogar bewirken, daß er Liberation verlangen darf, obgleich sein Regreß stricto iure auf Erstattung der Auslagen gerichtet ist, vgl. Versio, S. 56 Nr. 2 und S. 58.

20) ut debitor vel servus domino vel dominus servo intellegatur, ex causa civili computandum est.

eigenen Mitteln zu tilgen. Darum beginnt Ulpian, fr. 1 pr. h. t., seine Erörterung über die Version mit den Worten: si hi, qui in potestate aliena sunt, nihil in peculio habent, vel habeant, non in solidum tamen, tenentur qui eos habent in potestate, si in rem eorum quod acceptum est conversum sit.

Baden-Baden, im September 1895.

---

VII.

# Die Verfolgung beweglicher Sachen nach dem Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuchs.

Von Professor H. H. Pflüger in Bonn.

Was will die zweite Lesung des „Entwurfs" mit ihrem § 918?

„Zu Gunsten des Besitzers einer beweglichen Sache wird vermuthet, daß er Eigenthümer der Sache sei. Dies gilt jedoch nicht einem früheren Besitzer gegenüber, dem die Sache gestohlen, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen ist, es sei denn, daß es sich um Geld oder um Inhaberpapiere handelt.

Zu Gunsten eines früheren Besitzers wird vermuthet, daß er während der Dauer seines Besitzes Eigenthümer der Sache gewesen sei.

Im Falle eines mittelbaren Besitzers gilt die Vermuthung für den unmittelbaren Besitzer."

Was, frage ich noch einmal, will der Entwurf mit diesem Paragraphen?

Ich weiß, was man mir antworten wird: eine gerechtere Regelung der Beweislast, als der erste Entwurf, dem römischen und gemeinen Rechte folgend, zuließ. Reatz, in seiner synop-

tischen Ausgabe der beiden Entwürfe, I. S. 497 Anm. 6, hat die dafür maßgebenden Erwägungen aus den Protokollen mitgetheilt. Nach dem ersten Entwurf, wie nach römischem und gemeinem Rechte, „genügte" zur Begründung der Vindikation auch bei beweglichen Sachen der Nachweis, daß der Kläger einmal Eigenthum erworben habe, und hatte der Beklagte zur Abwehr des Anspruchs auf Herausgabe diesem Nachweis gegenüber darzuthun, daß das Eigenthum des Klägers nicht mehr fortbestehe. „Diese Regelung", heißt es aber bei Reatz, „sei für bewegliche Sachen nicht annehmbar. Sie gefährde den gegenwärtigen Eigenthümer, der gegenüber einem früheren Eigenthümer unterliegen müsse, wenn er den oft schwierigen Beweis seines Eigenthumserwerbes nicht führen könne, und werde der natürlichen Auffassung von der Bedeutung des gegenwärtigen Besitzes nicht gerecht". Durch die im ersten Absatz des angeführten § 918 zu Gunsten des gegenwärtigen Besitzers aufgestellte Eigenthumsvermuthung soll diese Last auf den Kläger hinüber gewälzt werden. Und wenn nicht durch eine zweite Rechtsvermuthung auch für ihn gesorgt wäre, hätte er jetzt den doppelten Beweis zu führen: daß er einmal Eigenthümer geworden sei, und daß er es noch sei. Da aber nach Absatz 2 vermuthet werden soll, daß er zur Zeit seines Besitzes Eigenthümer gewesen sei, ist ihm der erste Theil des Beweises geschenkt, und bleibt ihm nur zu beweisen, daß er sein Eigenthum nicht verloren habe.

Das ist es, was man mir auf meine Frage antworten wird, aber das was ich hören wollte ist es nicht. Ich will meine Frage also etwas genauer so wiederholen: Was soll der § 918 neben dem gleich darauf folgenden § 919?

Dieser lautet also:

„Wer eine bewegliche Sache im Besitz gehabt hat, kann von dem Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen, wenn

dieser bei dem Erwerbe des Besitzes nicht in gutem Glauben war. Ist die Sache dem früheren Besitzer gestohlen, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen, so kann er die Herausgabe auch von einem gutgläubigen Besitzer verlangen, es sei denn, daß dieser Eigenthümer der Sache ist oder die Sache ihm vor der Besitzzeit des früheren Besitzers abhanden gekommen war. Auf Geld und Inhaberpapiere findet diese Vorschrift keine Anwendung.

Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der frühere Besitzer bei dem Erwerbe des Besitzes nicht in gutem Glauben war, oder wenn er den Besitz aufgegeben hat. Im Uebrigen finden die Vorschriften der §§ 900 bis 915 entsprechende Anwendung."

Ich weiß wieder, was man mir antworten wird. § 918 ist nur für den Eigenthümer bestimmt, § 919 aber soll auch dem Nichteigenthümer eine, und zwar eine über die Erleichterungen der actio Publiciana hinausgehende dingliche Klage geben.

Sehr schön und sehr gut! Aber sieht man denn nicht, daß § 919 darum nicht minder auch dem Eigenthümer zu Gute kommt? daß er den § 918 ganz überflüssig macht?

Sehen wir zunächst, wie denn bei der Klage aus § 918 der Kläger den ihm obliegenden Beweis, daß er noch Eigenthümer sei, führt. Ich wüßte nicht, wie er es anders machen sollte, als indem er die Art und Weise, wie er den Besitz verloren, ans Licht zieht und zeigt, daß er den Besitz in einer sein Eigenthum nicht aufhebenden Weise verloren habe. Dann sind aber nur zwei Hauptfälle möglich. Entweder — dieser Fall ist im Entwurf ausdrücklich vorgesehen — der Kläger beweist, die Sache sei ihm „gestohlen, verloren gegangen, oder sonst abhanden gekommen". In diesem Fall kann der Beklagte auch durch redlichen Erwerb der Sache nicht Eigenthümer

geworden sein. Oder aber — dieser Fall ist im Entwurf nicht ausdrücklich genannt [1]) — der Kläger beweist, daß er die Sache dem Beklagten selber oder seinem Vorgänger zwar freiwillig, aber in einer sein Eigenthum doch nicht aufhebenden Weise — leihweise, zu Pfand, zur Aufbewahrung, zur Bearbeitung oder sonst — hingegeben, und daß Beklagter dies bei dem Erwerbe der Sache gewußt habe. Dies wegen §§ 846 bis 848 [2]). Ein dritte Art des Besitzverlustes, um das Eigenthum des gegenwärtigen Besitzers zu widerlegen, giebt es

1) Vgl. aber die ziemlich entfernte Andeutung bei Reatz a. a. O.: „Wenn der frühere Besitzer durch den Nachweis des Besitzverlustes ohne seinen Willen die ... Vermuthung beseitigt, oder in anderen Fällen widerlegt habe ..." Warum freilich jener erste Fall im Gesetz genannt sein soll, dieser zweite nicht, und wozu der überfeine Unterschied zwischen „Beseitigung" und „Widerlegung" der Rechtsvermuthung, ist mir nicht ganz klar geworden. Das heißt, ich glaube es zwar nach vieler Mühe verstanden zu haben, aber ich finde es seltsam. Reatz bemerkt darüber a. a. O.: „Die Vorschrift des Abs. 2 (soll wohl heißen: Satz 2, Absatz 1?) sei nicht deshalb entbehrlich, weil durch den Nachweis des Besitzverlustes ohne Willen die Eigenthumsvermuthung widerlegt werde: denn dieser Nachweis lasse die Möglichkeit bestehen, daß der jetzige Besitzer auf andere Art als durch redlichen Besitzerwerb Eigenthümer geworden sei". Denkt man dabei an die Möglichkeit des Erwerbes durch Ersitzung und durch Fund? Als ob nicht auch ohne die ausdrückliche Vorschrift jeder verständige Richter darüber vom Beklagten den Gegenbeweis erwarten würde! Sodaß wir es also nur der Furcht vor richterlichem Unverstand zu verdanken haben, wenn von dem, was der Kläger zur Begründung seiner Klage zu beweisen, also von dem, worauf es eigentlich ankommt, wenigstens etwas im Gesetze stehen soll!

2) Dasselbe gilt, wenn ich recht sehe, auch im ersten Hauptfall dann, wenn es sich um Geld und Inhaberpapiere handelt. Denn wenn auch wegen der letzten Worte des Absatzes 2 („... es sei denn, daß es sich um Geld oder um Inhaberpapiere handelt") die Rechtsvermuthung hier durch den Nachweis unfreiwilligen Besitzverlustes nicht „beseitigt" wird, so kann sie doch darum nicht weniger durch diesen Nachweis, in Verbindung mit dem des bösen Glaubens, „widerlegt" werden. Auch dies folgt aus §§ 846, 848.

nicht. Als praktischer Inhalt des § 918 ergiebt sich also, daß der frühere Besitzer einer beweglichen Sache, um deren Herausgabe von dem gegenwärtigen Besitzer zu erlangen, nur zu beweisen braucht: entweder daß er die Sache ohne seinen Willen, durch Diebstahl und dergleichen, verloren, oder daß er sie zwar mit seinem Willen, aber in einer sein Eigenthum nicht aufhebenden Weise, zu Pfand 2c. ausgegeben, und daß der Beklagte dies beim Erwerbe der Sache gewußt habe.

Ganz genau dasselbe ergiebt sich nun aber auch aus § 919. Der erste Fall steht ganz ausdrücklich im Absatz 2; der zweite Fall versteckt sich im Absatz 2. Ich sage versteckt sich; denn den Worten nach scheint es allerdings so, als hätte der Kläger nur seinen früheren Besitz und den bösen Glauben des Beklagten zu beweisen, nicht auch die Art und Weise seines Besitzverlustes. Aber wie wird der Kläger den Beweis des bösen Glaubens wohl anders führen, als indem er nachweist, was der Beklagte gewußt hat? Und was er gewußt haben muß, damit man ihn bösgläubig nennen kann, das kann doch nur sein, daß sein Vormann nicht berechtigt war, ihm die Sache zu übergeben; und daß er nicht dazu berechtigt war, ergiebt sich aus den Umständen, unter denen er die Sache vom Kläger bekommen, also daraus daß dieser sie ihm in einer ihn nicht zur Verfügung über die Sache berechtigenden Weise gegeben hat — der Fall unfreiwilligen Besitzverlustes ist ja ausgeschlossen — zu Pfand, Leihe 2c. Der Beweis der Art und Weise des Besitzverlustes steckt also immer darin.

Die Klage des § 919 soll dem „früheren Besitzer“ schlechthin zustehen, Besitzer im weitesten Sinne genommen, sodaß, wie Reatz, S. 498 Anm. 7 bemerkt, auch dem Miether, dem

Finder 2c. der Anspruch zustehen soll [8]). Aber dem Eigenthümer, wenn er früher Besitzer gewesen ist, doch auch! Er ist mit keinem Worte ausgeschlossen, und es wäre doch auch fast Wahnsinn, wenn man dem Beklagten die Möglichkeit geboten hätte, einzureden, Kläger sei mit dieser Klage abzuweisen, da er Eigenthümer sei! Wenn das aber so ist: wozu in aller Welt dem Eigenthümer ganz dasselbe Recht zwei Mal geben: im § 918 und im § 919? Und das eine Mal noch dazu in einer Weise, wie sie nicht gekünstelter und umständlicher gedacht werden kann: durch jene zwei papiernen Rechtsvermuthungen, die das, worauf es praktisch allein ankommt, die thatsächlich allein zu beweisende Thatsache des freiwilligen oder unfreiwilligen Besitzverlustes, den wahren Klaggrund mit einem Wort, unseren Augen zu verbergen suchen, zwei spanischen Wänden vergleichbar!

Nun sagt man freilich: doppelt reißt nicht. Aber in diesem Fall könnte doch der eine Strick auch einmal zum Fallstrick werden. Denn wer seine Klage auf die Vermuthung des § 918 stützt, eröffnet dem Beklagten die Möglichkeit, die Vermuthung zu widerlegen und den Gegenbeweis zu führen, daß der Kläger niemals Eigenthümer gewesen sei. Zugegeben, daß ein solcher Fall nur selten eintreten wird; zugegeben, daß selbst wenn er eintritt, der Kläger immer noch die Klage aus § 919, wo von einer solchen Gefahr nicht die Rede ist, als zweiten Pfeil im Gürtel hat. Aber die bloße Möglichkeit muß doch für jeden, der unnützen Aufwand von Zeit und Kosten scheut, genügen, um die Berufung auf § 918 in der Klagschrift entweder ganz zu vermeiden oder sie doch durch gleichzeitige Berufung auf § 919

---

8) Nicht dagegen dem Nießbraucher und Pfandgläubiger, auf die der § 918 entsprechende Anwendung findet (vgl. §§ 974, 1134). Anders beim Nießbrauchbesitzer und Pfandbesitzer.

unschädlich zu machen. Warum also ein todtgeborenes Kind in das Standesregister eintragen [4])?

All das liegt eigentlich so auf der Hand, daß man nur immer gespannter darauf wird, zu erfahren, was man sich denn eigentlich bei dem § 918 gedacht hat.

Ich glaube, ich habe es erraten. Kein praktischer Zweck freilich ist es, dem der § 918 zu dienen bestimmt ist, sondern ein rein theoretischer: die herkömmliche Theorie vermag sich ein Rechtssystem ohne „Eigenthumsklage" nicht zu denken, und der § 918 soll sie daher in unser neues Recht hinüber retten.

---

4) In gewissen Fällen allerdings ist der § 918 dem Kläger vortheilhafter. Aber auch sie können ihm das Sterberegister nicht ersparen. Ich habe folgende zwei ausfindig gemacht.

1) Gesetzt, A hat die Sache an B geliehen, B sie an C verkauft, C sie an D geliehen oder verpfändet. Dann hat A gegen D die Klage aus § 919 nur dann, „wenn dieser beim Erwerbe des Besitzers nicht in gutem Glauben war"; die Klage aus § 918 dagegen geht in diesem Falle auch gegen den gutgläubigen D, aber allerdings nur unter der Voraussetzung, daß statt des bösen Glaubens des D der böse Glaube des C bewiesen wird.

Dies ergiebt sich aus § 918 Absatz 3, wonach im Falle eines mittelbaren Besitzes die Rechtsvermuthung für den mittelbaren Besitzer gilt. Dies ist nach § 790 der C. Gegen ihn richtet sich also der sog. Gegenbeweis, und zu diesem Gegenbeweis gehört in den Fällen eines nicht unfreiwilligen Besitzverlustes, wie wir früher gesehen haben, auch der Nachweis des bösen Glaubens dessen, dem die Rechtsvermuthung zu Gute kommt. Dieser Unterschied zwischen den beiden Paragraphen hat aber offenbar gar keinen Sinn.

2) A hat die Sache an B geliehen, dem B ist sie gestohlen, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen und jetzt im Besitz des C. Dann hat A die Klage aus § 919 nur, wenn C „bei dem Erwerbe des Besitzes nicht in gutem Glauben war", die Klage aus § 918 dagegen auch gegen den gutgläubigen C. Dies folgt in ähnlicher Weise aus § 918 Absatz 3 verb. mit § 848. Wenn aber die Klage gegen den gutgläubigen C in diesem Fall einem Bedürfniß entspricht, so gilt das auch von der Klage eines jeden Nichteigenthümers, und derselbe Zweck läßt sich dann auch durch einen Zusatz zu § 919, und zwar sehr viel einfacher, erreichen.

Und doch kann uns das deutsche Recht des Mittelalters belehren, wie entbehrlich eine besondere Eigenthumsklage in Wahrheit ist.

Das deutsche Recht des Mittelalters kennt nämlich gar keine Eigenthumsklage; das will sagen: keine Klage, die in einem so engen Verhältnisse zum Eigenthum gestanden hätte, daß daneben noch eine besondere Klage für den Nießbraucher, entsprechend der actio confessoria, eine andere für den Faustpfandgläubiger, entsprechend der actio hypothecaria 2c., nöthig gewesen wäre. Ganz im Gegensatz zu der Mannigfaltigkeit römischer actiones giebt es im deutschen Recht des Mittelalters vielmehr auf Herausgabe körperlicher Sachen nur eine einzige dingliche Klage, bei der überhaupt gar nicht danach gefragt wird, welches „Recht" dem Kläger an der geforderten Sache zusteht, bei der der Kläger also auch gar nicht zu beweisen braucht, wie er sein Eigenthum oder sonstiges Recht erworben hat. Sondern was der Kläger zu beweisen hat, das ist allemal nur die Art und Weise, wie er den Besitz der Sache verloren hat; sei es ohne seinen Willen durch Raub, Diebstahl und dergleichen, oder mit seinem Willen durch Hingabe zu Pfand, Leihe und dergleichen: ganz genau so wie bei der Klage aus § 919. Und die Klage steht, eben weil nach dem Recht des Klägers zum Besitze überhaupt nicht gefragt wird, schlechterdings jedem zu, der, einerlei mit welchem Recht, die Sache in seinem Besitze gehabt und auf eine der angegebenen Weisen aus dem Besitz verloren hat, dem Depositar und dem Finder nicht weniger als dem Eigenthümer oder wer sich dafür hält: wieder genau so wie bei der Klage des § 919. Die Klage des § 919 ist überhaupt nichts anderes als die leibhaftige dingliche Klage des deutschen Rechts[5]);

5) Nach Reatz, a. a. O. S. 497 Anm. 6, ist man allerdings ge-

nur mit dem Unterschied', daß die Klage des § 919 auch wegen anvertrauter Sachen wenigstens gegen den dritten bösgläubigen Besitzer geht, während das deutsche Recht des Mittelalters die Klage um bewegliche Sachen in diesem Fall nur gegen den Empfänger der Sache zuließ.

Schon der Hinweis auf unser mittelalterliches Recht genügt also, um zu zeigen, daß die Klage des § 919 allein vollständig genügt, und daß der § 918 ganz überflüssig ist.

Aber freilich mit dem herrschenden romanistischen Rechtssystem läßt sich das nicht vereinigen. Denn vom römischen Rechte her sind wir es nun einmal gewohnt, und der romanistisch geschulte Jurist kann es sich darum garnicht anders denken, als daß einem jeden Recht, insbesondere einem jeden sog. dinglichen Recht, eine besondere Klage entsprechen muß: dem Eigenthum die rei vindicatio und daneben noch die actio negatoria, dem Nießbrauch und den Servituten überhaupt die actio confessoria, dem Pfandrecht die actio hypothecaria ꝛc. ꝛc., von denen eine jede zum Schutze dieses und nur dieses Rechtes da ist, und die für dieses Recht so wesentlich erscheint, daß das Recht ohne seine Klage eigentlich gar kein Recht mehr wäre. Man denke sich statt ihrer nur die eine dingliche Klage des deutschen Rechts, die Klage des § 919: und für die Rubriken „vom Schutze des Eigenthums" ꝛc. fehlte der Inhalt, für die Klage des § 919 fehlte die Rubrik.

Und so hat man es denn nicht gewagt, dem seines Rechtes harrenden Volke ein Eigenthum zu geben ohne Eigen-

---

rade bei Aufstellung der Eigenthumsvermuthung des § 918 von dem Gedanken ausgegangen, daß sie „der Anschauung des deutschen Rechts" entspreche. Aber soweit ich die deutschen Quellen kenne, was freilich nicht viel heißen will, führen sie eine deutschere Sprache, und muß man schon in die schwarze Küche der mittelalterlichen italienischen Jurisprudenz hinabsteigen, um etwas der Art zu entdecken. Vgl. Delbrück, die dingliche Klage des deutschen Rechts, S. 184 ff.

thumsklage, sondern man nahm ein Blatt Papier und schrieb darauf die beiden Rechtsvermuthungen des § 918!

Ich glaube, daß die Sorge um das Rechtssystem getrost der Wissenschaft überlassen bleiben und daß darum der § 918 ohne Schaden nicht nur, sondern gerade zum Vortheil des Gesetzes gestrichen werden kann.

Aber auch der § 919 sollte nicht so bleiben, wie er ist, sondern er hat eine bessere Fassung verdient. So wie er lautet, schmeckt er zu sehr nach dem preußischen Landrecht; und wenn das preußische Landrecht auch ganz gewiß sehr gut ist: der Geschmack der reinen Quelle des deutschen Rechts, ist doch noch besser.

Ich schlage folgende Fassung vor:

„Wem eine bewegliche Sache gestohlen, verloren gegangen oder sonst ohne seinen Willen abhanden gekommen ist, der kann sie von jedem unberechtigten Besitzer herausverlangen.

Wer eine bewegliche Sache verliehen, verpfändet, zur Aufbewahrung oder Bearbeitung gegeben, oder sonst in einer den Empfänger zur Rückgabe verpflichtenden Weise aus seinem Besitz gelassen hat, der kann sie von einem dritten Besitzer nur dann herausverlangen, wenn dieser sie nicht in gutem Glauben in seinen Besitz gebracht hat.

Geld und Inhaberpapiere kann man in allen Fällen nur von dem herausverlangen, der sie nicht in gutem Glauben in seinen Besitz gebracht hat.

Hatte der Kläger selber den Besitz nicht in gutem Glauben erworben, so hat er keinen Anspruch".

Diese Fassung sagt genau dasselbe wie die Fassung des Entwurfs. Aber sie spielt mit dem, was sie zu sagen hat, kein Versteckes, sondern sagt es offen und gerade heraus; sie sagt es in gemeinverständlicher und, worauf ich besonderen Werth lege, in einer sich an den Ausdruck der mittelalterlichen Quellen

möglichst anschließenden Weise[6]). Die Fassung spricht, meine ich, so sehr für sich selber und sie liegt so nahe, daß es mir schlechterdings unbegreiflich ist, warum man nicht von vornherein auf etwas ähnliches verfallen ist, warum nicht wenigstens die Germanisten schon längst ihre Stimme erhoben haben. Aber die Vorschläge, die Cosack[7]) gemacht hatte, sind ebenso unhandlich wie der Entwurf.

Ich bemerke zu der vorgeschlagenen Fassung noch folgendes:

1) Daß der Fall des unfreiwilligen Besitzverlustes an der Spitze steht, wird, wie mir scheint, durch eine einfache Logik gefordert. Denn die beschränktere Verfolgung freiwillig hingegebener Sachen erscheint dem gegenüber als Ausnahme. Ebenso logisch schien es mir, die Beschränkung bei Geld und Inhaberpapieren an die letzte Stelle zu setzen.

2) Ich sage ausdrücklich: „ohne seinen Willen abhanden gekommen". Nicht bloß der größeren Deutlichkeit halber, sondern aus einem bestimmten praktischen Grunde. Da die Herren Diebe meist unter Ausschluß der Oeffentlichkeit zu handeln pflegen, so ist der Beweis des Diebstahls oft nicht vollständig zu erbringen, und vom Beweise des sonstigen Verlustes gilt dasselbe. Man kann nur beweisen, daß man die Sache gehabt hat und daß sie eines schönen Tages verschwunden war. In solchen Fällen wird der Richter zur Auferlegung eines Ergänzungseides geneigt sein[8]), und die Fassung

---

6) Vgl. Sachsenspiegel I, 15 § 1 und Heusler, Institutionen I S. 388 f.

7) In Bekker's und Fischer's Beiträgen zur Erläuterung und Beurtheilung des Entwurfs, Heft 13 S. 48.

8) Aus demselben Grunde erklärt es sich, daß auch die meisten mittelalterlichen Stadtrechte sich mit dem alleinigen Eide des Klägers begnügen, während das sächsische Landrecht den Eid selbdritt d. h. mit zwei Zeugen, verlangt. Laband, a. a. O. S. 116 f.

dieses Eides würde zweckmäßiger Weise gerade jene Worte in sich aufnehmen.

3) „Von jedem unberechtigten Besitzer herausverlangen". Durch diese Fassung glaube ich den schleppenden, an tribonianische nisi-Sätze erinnernden Nachsatz des Entwurfs: „es sei denn, daß dieser Eigenthümer der Sache ist oder die Sache ihm vor der Besitzzeit des früheren Besitzers abhanden gekommen war", überflüssig zu machen. Denn erstens würde der Beklagte, dem die Sache vor der Besitzzeit des jetzigen Klägers abhanden gekommen war, und der folglich seinerseits einen Anspruch auf Rückgabe gegen den Kläger gehabt hat, eben deshalb wohl nicht mit als „unberechtigter Besitzer" ausgesprochen werden können. Die Klage gegen ihn wird also auch durch meine einfachere Fassung ausgeschlossen. Zweitens wäre doch wohl nicht nur der Eigenthümer, sondern auch jeder andere Berechtigte, der sein Recht[9]) vom Eigenthümer ableitet, gegen die Klage zu schützen. Und drittens schießt man auch,

9) Laband, a. a. O. S. 119 bestreitet allerdings, daß der Klage aus unfreiwilligem Verlust gegenüber die Vertheidigung des Beklagten überhaupt auf die Geltendmachung eines ihm zustehenden Eigenthums oder sonstigen Besitzrechts gestützt werden könne. Aber das geht m. E. zu weit. Gewiß sind die in den Quellen als zulässig erwähnten Einreden allemal „motivirte Verneinungen des Klagefundaments, d. h. sie bestehen in positiven Behauptungen, durch welche das Vorgeben des Klägers, die verlangte Sache sei ihm wider Willen abhanden gekommen, widerlegt, als unmöglich der Wahrheit entsprechend dargethan wird". Aber ebenso gewiß kann dieser Beweis mit dem Beweise eines Besitzrechts zusammenfallen. So, wenn der Beklagte, und ebenso, wenigstens nach heutigem Recht (über das mittelalterliche Recht vgl. Laband, S. 124 ff.), auch wenn ein Vorgänger von ihm, die Sache vom Kläger selber gekauft oder zum Geschenk bekommen hat. Genau so kann auch bei der römischen rei vindicatio der Beklagte den Beweis des Klägers durch den Beweis seines Eigenthums widerlegen. Immerhin ist der Laband'sche Ausdruck nur eine Uebertreibung seiner durchaus berechtigten Polemik gegen eine romanisirende Auffassung.

wenn man den Eigenthümer schlechthin von der Klage ausnimmt, bedenklich über das Ziel hinaus. Man würde dadurch, wenn z. B. die dem Pfandgläubiger gestohlene Pfandsache in die Hand des Verpfänders und Eigenthümers zurück gelangt ist, dem Pfandgläubiger die Möglichkeit der Klage nehmen.

Aber kann denn dieser Paragraph auch noch fernerhin in einem Abschnitt des Gesetzes mit der Ueberschrift: „Ansprüche aus dem Eigenthum" verbleiben?

Zur Noth gewiß. Aber zu wünschen wäre es allerdings, daß man sich auch noch zu einer anderen Aenderung verstände. Ich bin ganz der Meinung des unbekannten Verfassers des Entwurfs eines „Reichsgesetzbuchs über das Privatrecht"[10]), daß die Gemengelage von Mobiliar- und Immobiliarsachenrecht, wie der Entwurf sie aus dem gemeinen Recht übernommen hat, nicht mehr angemessen ist, daß sie vielmehr durch eine strenge Scheidung beider Rechtstheile ersetzt werden muß. Man würde dann in dem Abschnitt von dem „Recht der Fahrniß", oder wie man ihn nun nennen will, zuerst von den „Rechten an beweglichen Sachen" und dann etwa von der „Verfolgung beweglicher Sachen" handeln können. Und in diesem zweiten Abschnitt würde nicht nur der § 919 seinen richtigen Platz finden, sondern auch mancher andere. So die sog. Besitzklagen, soweit sie sich auf bewegliche Sachen beziehen[11]); so der § 789 über das Recht zum Auf-

10) Erschienen als außerordentliche Beilage zum Archiv f. bürgerl. Recht. S. besonders die Einleitung zum 2. Heft.

11) Auch hier sollte man, Theorie Theorie sein lassend, sich mit folgender, sehr einfacher Vorschrift begnügen, und sie dem § 919 anhängen:

„Hat der Beklagte selber oder sein Erblasser die Sache dem Kläger eigenmächtig weggenommen [oder hat er sie wissentlich von einem, der sie dem Kläger weggenommen hat, erworben], und ist seit der Wegnahme noch kein Jahr verflossen, so ist der Beklagte, ungeachtet des von ihm etwa behaupteten

suchen auf fremden Grund und Boden gerathener Sachen; so die §§ 875 fg. über das Recht zur eigenmächtigen Verfolgung entlaufener und entflogener Thiere. Und ebenso auch die Bestimmungen über Ersitzung und Fund[12]). Denn eine rei vindicatio, die auf Erwerb des Eigenthums durch Ersitzung oder durch Fund gestützt werden könnte, giebt es, wie wir gesehen haben, garnicht; und es hat daher auch eigentlich gar keinen Zweck, im Gesetze auszusprechen, daß durch Ersitzung und durch Fund Eigenthum erworben werden kann[13]). Die einzige praktische Bedeutung dieser beiden Rechtsinstitute ist vielmehr, die Klage aus unfreiwilligem Besitzverlust auszuschließen; und dahin, wo von der Klage die Rede ist, gehören daher auch sie.

---

Rechts zum Besitze, zur Herausgabe der Sache zu verurtheilen, und ist ihm nur die Ausführung seiner Rechte im Urtheil vorzubehalten. §§ 562, 563 C.P.O. finden entsprechende Anwendung."

Vgl. Entwurf §§ 780, 783, 785, 786, und meine „Besitzklagen", S. 412 ff.

In ähnlicher Weise könnte man dann auch die sog. Besitzklagen wegen unbeweglicher Sachen anderswo unterbringen und dadurch den ganzen Abschnitt über den Besitz, der im zweiten Entwurf ja schon in so erfreulicher Weise zusammengeschrumpft ist, ganz überflüssig machen. Was wäre das für ein Segen!

12) Entw. §§ 851 ff. und 880 ff.

13) Aus demselben Grunde sind auch §§ 873 und 874 ganz überflüssig. Denn daß, wer eine herrenlose bewegliche Sache in Besitz genommen hat, nicht mit der Klage aus § 919 belangt werden, und daß der, der die Sache in der Absicht, sein Eigenthum aufzugeben, weggeworfen hat, nicht die Klage anstellen kann, ergiebt sich schon aus § 919. Eine Klage aber, die auf die Thatsache der „Aneignung", als Eigenthumserwerbsgrundes, gestützt werden könnte, giebt es nicht.

VIII.

# Zwei Irrthümer in der Fassung des Entwurfs eines B.G.B.'s für das Deutsche Reich, zweite Lesung.

Von Prof. Dr. M. Pappenheim in Kiel.

Es sollen hier zwei Stellen des Entwurfs bezeichnet werden, welche in dem Sinne Irrthümer enthalten, daß in ihnen etwas anderes gesagt ist, als aller Wahrscheinlichkeit nach gesagt werden sollte.

Nach § 31 Abs. 1 entscheidet bei der Beschlußfassung der Mitgliederversammlung in Angelegenheiten eines rechtsfähigen Vereins „die Mehrheit der erschienenen Mitglieder". Nach Abs. 3 desselben Paragraphen ist ein Mitglied „nicht stimmberechtigt, wenn die Beschlußfassung die Eingehung eines Rechtsgeschäfts mit ihm oder die Einleitung oder Erledigung eines Rechtsstreits zwischen ihm und dem Vereine betrifft". Die Wortfassung dieser beiden Bestimmungen läßt nicht erkennen, daß ein nach Abs. 3 von der Abstimmung ausgeschlossenes Mitglied auch nach Abs. 1 bei der Berechnung der zur Beschlußfassung erforderlichen Mehrheit nicht mitgezählt werden darf. Gleichwohl kann kaum zweifelhaft sein, daß dies vom Entwurf gewollt ist. Denn sonst würden die nicht stimm-

berechtigten Mitglieder gleichwohl stets ein Gewicht in die Wagschale werfen und zwar, wenn das Zustandekommen des Beschlusses in ihrem Interesse läge, zu ihren Ungunsten, wenn das Nichtzustandekommen des Beschlusses in ihrem Interesse läge, zu ihren Gunsten. Ja, es wäre sogar denkbar, daß bei geringem Besuche der Mitgliederversammlung oder größerer Zahl der nicht stimmberechtigten Mitglieder im Falle der Mitzählung dieser letzteren die Beschlußfassung von vornherein unmöglich wäre. Es dürfte sich daher empfehlen, wenn die Absicht des Gesetzes zu deutlichem Ausdruck gebracht werden sollte, in dem ersten Absatze des § 31 zwischen „erschienenen" und „Mitglieder" das Wort „stimmberechtigten" einzuschalten.

Im § 37 des Entwurfs sind diejenigen seiner Vorschriften über die Verfassung rechtsfähiger Vereine aufgezählt die „insoweit keine Anwendung finden" sollen, „als das Statut ein Anderes bestimmt". Unter ihnen befinden sich auch die Vorschriften des § 32. Nach Absatz 2 dieses Paragraphen bedarf, wenn die Rechtsfähigkeit eines Vereins auf staatlicher Verleihung beruht, jede Aenderung des Statuts der staatlichen Genehmigung. Es liegt auf der Hand, daß diese Vorschrift durch eine Bestimmung des Statuts nicht abgeändert werden kann. Darnach dürfte es sich empfehlen, im § 37 statt der Worte „der §§ 31, 32 sowie des § 36 Abs. 1" (unter Berücksichtigung des von Künzel in Gruchot's Beitr. XXXIX S. 700 Nr. 4 Mitgetheilten) die Fassung „des § 31 Abs. 1 und 2, des § 32 Abs. 1 sowie des § 36 Abs. 1" zu wählen.

---

Frommannsche Buchdruckerei (Hermann Pohle) in Jena. — 14861



